فہرس المجلد الثانی من فتح القدیر

صفحہ	مطلب
٢	کتاب النکاح
١٦	فصل فی المحرمات
٣٤	باب فی الاولیاء والاکفاء
٥٠	فصل فی الکفاءة
٦٥	فصل فی الوکالة
٧١	باب المہر
١٠٦	فصل فی احکام نکاح الکفار
١٠٨	باب نکاح الرقیق
١١٩	باب نکاح اہل الشرک
١٢٨	باب القسم
١٣١	کتاب الرضاع
١٤٢	کتاب الطلاق باب طلاق السنة
١٥٦	فصل
١٦٠	باب ایقاع الطلاق
١٧٠	فصل فی اضافة الطلاق الی الزمان
١٧٧	فصل فی اضافة الطلاق الی النساء
١٨٢	فصل فی تشبیہ الطلاق ووصفہ
١٨٦	فصل فی الطلاق قبل الدخول
١٩٨	باب تفویض الطلاق وفصل فی الاختیار
٢٠٤	فصل فی الامر بالید
٢٠٨	فصل فی المشیة
٢١٦	باب الایمان فی الطلاق
٢٢٤	فصل فی الاستثناء
٢٣١	باب طلاق المریض
٢٣٤	باب الرجعة
٢٤٢	فصل فیما تحل بہ المطلقة
٢٥٠	باب الایلاء
٢٦٠	باب الخلع
٢٧٩	باب الظہار
٢٩٠	فصل فی کفارة الظہار
٣٠٠	باب اللعان
٣١٠	باب العنین وغیرہ
٣١٢	باب العدة
٣٢٤	فصل فی الحداد
٣٣٤	باب ثبوت النسب
٣٥٧	باب حضانة الولد
٣٦١	فصل
٣٦٤	باب النفقة
٣٧٣	فصل فی نفقة الزوجة علی الغائب
٣٧٧	فصل فی نفقة المطلقة
٣٨١	فصل فی نفقة الاولاد الصغار
٣٨٣	فصل فی من یجب لہ النفقة ومن لا یجب
٣٨٨	فصل فی نفقة المملوک
٣٩٠	کتاب العتاق
٤٠٠	فصل فی عتق المحرم
٤٠٥	باب عتق البعض
٤٢٢	باب عتق احد العبدین
٤٣٥	باب الحلف بالعتق
٤٣٩	باب العتق علی جعل
٤٤٧	باب التدبیر
٤٥٥	باب الاستیلاد
٤٧٢	کتاب الایمان
٤٧٦	باب ما یکون یمینا وما لا یکون
٤٨٥	فصل فی الکفارة
٤٩٩	باب الیمین فی الدخول والسکنی
٥٠١	باب الیمین فی الخروج وغیرہ
٥٠٦	باب الیمین فی الاکل والشرب
٥٢٣	باب الیمین فی الکلام
٥٣٠	فصل فی ما یتعلق بالزمان
٥٣٤	باب الیمین فی العتق والطلاق
٥٤١	باب الیمین فی البیع والشراء والتزوج وغیر ذلک
٥٤٥	باب الیمین فی الحج والصلوة والصوم
٥٥٠	باب الیمین فی لبس الثیاب والحلی
٥٥٣	باب الیمین فی القتل وغیرہا
٥٥٥	باب الیمین فی تقاضی الدراہم
٥٦٠	مسائل متفرقہ
٥٦٤	کتاب الحدود
٥٧٣	فصل فی کیفیة الحد واقامتہ
٥٨٦	باب الوطی الذی یوجب الحد والذی لا یوجب
٦٠٣	باب الشہادة علی الزنا
٦١٦	باب حد الشرب
٦٢٦	باب حد القذف
٦٤٣	فصل فی التعزیر
٦٤٩	کتاب السرقة
٦٥٤	باب ما یقطع فیہ وما لا یقطع
٦٦٤	فصل فی الحرز والاخذ منہ
٦٧١	فصل فی کیفیة القطع واثباتہ
٦٨٢	باب ما یحدث السارق فی السرقة
٦٨٤	باب قطع الطریق
٦٩١	کتاب السیر
٦٩٦	باب کیفیة القتال
٧٠٢	باب الموادعة
٧٠٧	فصل احکام الامان
٧١٠	باب الغنائم وقسمتہا
٧٢٢	فصل فی کیفیة القسمة
٧٣٣	فصل فی التنفیل
٧٣٦	باب استیلاء الکفار
٧٤٣	باب المستامن
٧٤٦	فصل فی حکم المستامن
٧٥٠	باب العشر والخراج
٧٥٧	باب الجزیة
٧٦٣	فصل فی ما ینبغی للذمی
٧٦٦	فصل فی نصاری بنی تغلب ومصارف بیت المال
٧٦٨	باب احکام المرتدین
٧٨٤	باب البغاة
٧٩٠	کتاب اللقیط
٧٩٥	کتاب اللقطة
٨٠٢	کتاب الاباق
٨٠٦	کتاب المفقود
٨١١	کتاب الشرکة
٨١٩	فصل فی لا ینعقد الشرکة الا بالدراہم والدنانیر
٨٢٩	فصل فی الشرکة الفاسدة
٨٣١	فصل فی ما ینبغی للشریکین
٨٣٢	کتاب الوقف
٨٥٠	فصل فی وقف المسجد
٨٥٥	الفصل الاول فی المتولی
٨٥٦	الفصل الثانی فی الموقوف علیہ

فهرست کتب دینیه سنت وجماعت موجوده مطبع

نحمده ونصلی برخواطر دریا مقاطر ارباب الباب مخفی مباد که فهرست کتب موجوده کارخانهٔ اوده اخبار اگرچه بذریعه فهرستهای چند اگاه پیوسته اشتهار پذیرد مگر مناسب وقت چنین می نماید که اسامی بعضی کتب دینیه سنت وجماعت از فقه و اصول و تفسیر و کلام و حدیث که مناسبت تام باین کتاب داشته باشد بنابر اطلاع علماء و فضلاء و شائقین و ماهرین این علوم که اطلاع موجود بودنش را ذریعه رفیعه باشد نقل نموده میشود و آن اینست

کتب فقه عربی و اصول فقه

فتاوای عالمگیری تمام وکمال
شرح الیاس شرح مختصر الوقایه
هدایه شریف کامل مع ترجمه فارسی
هدیة المختار شرح رسالهٔ عضدیه
احیاء العلوم عربی هر چهار جلد
مختصر الوقایه
جامع الرموز
شرح وقایه محشی بحواشی مختلفه
شرح وقایه مع چلپی
فتاوای کنز الدقائق عربی
فرائض شریفیه شرح سراجیه
نور الانوار مع قمر الاقمار
مجموعهٔ تنقیح و توضیح
و تلویح و چلپی
شیخ الاسلام حاشیهٔ تلویح
ملا خسرو حاشیهٔ تلویح
کفایه حاشیهٔ هدایه مع هدایه محشی بحواشی مختلفه
عینی شرح هدایه تمام وکامل

کتب فقه فارسی و اردو

ترجمه اردو در مختار هر چهار جلد
حقیقة الصلوة
سبیل الجنان
فتاوای برهنه تمام وکامل
مالابد منه فارسی
کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
مذاق العارفین ترجمه احیاء العلوم کامل
شرح وقایه فارسی
نور الهدایه ترجمه اردو شرح وقایه
ترجمه اردو کنز الدقائق
حجج الحج مسمی بشاية الشعور
فتاوای المیراث
رسالهٔ فرائض
مسالک المتقین
عمدة البضاعت فی مسائل الرضاعت
تذکرة الجمعه
احکام العیدین
موضح الحق
هزار مسئله
شرع محمدی
رسالهٔ کلید باب الحج
سراج السالکین
فضائل الشهور والایام
حیرت الفقه
جنان الفردوس

کتب تفسیر و مشتمل آن

تفسیر کشاف
خلاصة الکشاف
بیضاوی شریف
تفسیر اتقان
تفسیر جلیل القدر سراج المنیر
کمالین حاشیهٔ جلالین
جواهر القران مترجم
مجموعهٔ زینت القاری
تفسیر سوره یوسف منظوم
تفسیر زاد الاخرت
تفسیر حسینی تمام وکامل
تفسیر سوره فاتحه
رموز القران
فضائل القران
تفسیر القلندری فی تحریر الانوار
میزان الفرقان

کتب احادیث و اوراد

قسطلانی شریف شرح صحیح بخاری شریف کامل
صحیح مسلم مع نووی شرح شریف
شرح حصن حصین
مجربات دیربی
شرح سفر السعادت
تعبیر الرؤیا
تحفة الاخیار ترجمه مشارق الانوار
سنن ابی داؤد
اوراد نقشبندیه
سید الاوراد
ترجمه مجربات دیربی
ترجمه تعبیر الرؤیا مسمی بتاویل الانام
مصباح الهدایت ترجمه عوارف المعارف
کیمیای سعادت
اکسیر هدایت ترجمه کیمیای سعادت
شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
بحر العلوم
انوار محمدیه
تحقیق الانساب

تمت

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع المجلد الثاني من الكتاب المستطاب الذي يزري بزهوها على الانوار الربيعية الكاشف لمعضلات
الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية الشهير

امير علی

بالفتح القدير

مع متنه

الهداية

نقاش

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء اكمل الكملاء في الحديث والتفسير شيخ الاسلام كمال الدين محمد المشتهر بابن الهمام
اسكنه الله برحمته دار السلام بتصحيح الفاضل العريف العالم مولانا محمد اعظم حسين الخيرآبادي حفظه الله ذو الاياد

في المطبع المتبرك ... منشي نولكشور الواقع في لكهنو

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين

كتاب النكاح هو اقرب الى العبادات حتى ان الاشتغال به افضل من التخلي عنه لمحض العبادة على ما نبين ان شاء الله تعالى فلذا اولاه العبادات والجهاد وان كان عبادة الا ان النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فانه سبب لوجود المسلم وللاسلام والجهاد سبب لوجود المسلم فقط كذا قيل والحق ان الجهاد ايضا سبب لهما اذ نقل الموصوف من صفة الى صفة اعني من الكفر الى الاسلام يصح قولنا انه سبب لوجود المسلم والاسلام فالحق اشتراكهما في ذلك لكن لا نسبة بينهما في تحصيل ذلك فان ما يحصل بانكحة افراد المسلمين منه اضعاف ما يحصل بالقتال اذ الغالب حصول القتل به او الذمة دون اسلام اهل الدار فتقدم للاكثرية في ذلك واما من اولى العبادات البيوع فنظر الى بساطته بالنسبة الى النكاح باعتبار تمحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح وليس احد يعجز في ابداء وجه تقديم معنى على معنى فان كل معنى له خصوصية ليست في الآخر فالمقدم يعتبر ما لما قدمه يلتفت عما لما اخره والعاكس يعكس ذلك النظر وانما ابداء وجه اولوية تقديم هذا على ذلك هو التحقيق وهو يستدعي النظر بين الخصوصيتين ايهما يقتضي اكثر اقتضاء للتقديم وقد يفضي الى تكثير جهات كل واحد وخصوصياته فيستدعي تطويلا مع قلة الجدوى فالاقتصار في ذلك ادخل في طريق اهل العلم والتحصيل فلا بد من تحصيل زيادة البصيرة فيما انشرع فيه من تقديم تحصيل امور الامر الاول مفهومه لغة قيل مشترك بين الوطي والعقد اشتراكا لفظيا وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطي وقيل بقلبه وعليه مشائخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بانه حقيقة في الضم ولا منافاة بين كلاميهم لان الوطي من افراد الضم والموضوع للاعم حقيقة في كل من افراده كالانسان في زيد لا يعرف القدماء غير هذا الا ان حدث التفصيل بين ان يراد بخصوص الشخص يعني بخصوص عوارضه المشخصة مرادا مع المعنى الاعم بلفظ الاعم فيكون مجازا والا فحقيقة وكان هذه الارادة قل ما تخطر عند الاطلاق حتى ترك الاقدمون تقدير ذلك التفصيل بل المتبادر من مراد من يقول لزيد يا انسان يا من يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ اكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوي حقيقة فيهما واعلم ان المتحقق الاستعمال في كل من هذه المعاني ففي الوطي قوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح اي من وطي حلال لا من وطي حرام وقوله يحل للرجل من امرأته الحائض كل شيء الا النكاح وقول الشاعر ومن ايم قد انكحتها رماحنا واخرى على خال وعم تلهف وقوله ومنكوحة غير ممهورة وقول الآخر التاركين على طهر نسائهم والناكحين بشطي دجلة البقرا وفي العقد قول الاعشى ولا تقربن جارة ان سرها عليك حرام فانكحن او تأبدا وفي المعنى الاعم قوله تعالى ضممت الى

يعني بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه

صدري معظر صدرها كما نكحت ام الغلام صبيها اى ضمتها وقول ابي الطيب انكحت صم حصاها خف يعملة تغشمرت بي اليك السهل والجبلا اى ضمته فمدعي الاشتراك اللفظي يقول تحقق الاستعمال والاصل الحقيقة والثاني يقول كونه مجازا في احدهما حقيقة في الآخر حيث امكن اولى من الاشتراك ثم يدعي تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح دون الوطي ويحيل فهم الوطي حيث فهم على القرينة ففي الحديث الاول هي عطف السفاح بل يصح حمل النكاح فيه على العقد واسكان الولادة بالذات بين الوطي و في الحديث الثاني اضافته المراة الى ضمير الرجل فان مرأته هي المعقود عليها فيلزم ارادة الوطي من النكاح المستثنى والا فسد المعنى اذ يصير يحل من المعقود عليها كل شئ الا العقد وفي الابيات الاضافة الى البقر ونفي المهر والاسناد الى الرماح اذ يستفاد ان المراد وطي البقر والصبيات فالجواب منع تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح لغة بل ذلك في المفهوم الشرعي الفقهي ولا نسلم ان فهم الوطي فيما ذكر مستند الى القرينة وان كانت موجودة اذ وجود قرينة تؤيد ارادة المعنى الحقيقي مما يثبت مع ارادة الحقيقي فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازيا بل المعتبر تجرد النظر الى القرينة ان عرف انه لولاها لم يدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز والا فلا ونحن في هذه المواد المذكورة نفهم الوطي قبل طلب القرينة والنظر في وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وان كان مقرونا بما اذا نظر فيه استدعى ارادة ذلك المعنى الا ترى ان ما ادعوا فيه الشهادة على انه حقيقة في العقد مجاز في الوطي من بيت الاعشى فيه قرينة تفيد العقد ايضا فان قوله فلا تقربن جارة نهى عن الزنا بدليل ان سرها عليك حرام فيلزم ان قوله فانكحن امر بالعقد اى فتزوج ان كان الزنى عليك حرام او تابد اى توحش اى كن كالوحش بالنسبة الى الآدميات فلا امكن منك قصد بان لهن كما لا يقربهن وحشي ولم يمنع ذلك ان يكون اللفظ في العقد حقيقة عندهم في هذا البيت اذ هم لا يقولون بانه مجاز في هذا البيت واما ادعاء انه في الحديث للعقد فيستلزم التجوز في نسبة الولادة اليه لان العقد انما هو سبب السبب ففيه دعوى حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجح ولو كانا سواء فليف والانسب كونه في الوطي ليتحقق التقابل بينه وبين السفاح اذ يصير المعنى من وطي حلال لا وطي حرام فيكون على خاص من الوطي والدال على الخصوصية لفظ السفاح ايضا فثبت الى هنا انا لم نزده على ثبوت مجرد الاستعمال فيهما يجب اعتباره وقد علم ثبوت الاستعمال ايضا في الضم فباعتباره حقيقة فيه يكون مشتركا معنويا من افراده الوطي والعقد لان عشر الضم اعم من ضم الجسم الى الجسم والقول الى القول والوطي فقط فيكون مجازا في العقد لانه اذا دار بين المجاز والاشتراك اللفظي كان المجاز اولى ما لم يثبت صريحا خلافه ولم يثبت نقل ذلك بل قالوا ونقل المبرد عن البصريين وغلام ثعلب الشيخ ابو عمر الزاهد عن الكوفيين انه الجمع والضم ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالاجسام لا الاقوال لانها اعراض يتلاشى الاول منها قبل وجود الثاني فلا يصادف الثاني ما ينضم اليه فوجب كونه مجازا في العقد ثم افراد الضم تختلف بالشدة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكك الامر الثاني مفهومه اصطلاحا وهو عقد وضع لتملك المتعة بالانثى قصدا والقيد الاخير لاخراج شراء الامة للتسري والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له لا الا ورد عليه ان المقصود من الشراء قد لا يكون الا المتعة واعلم ان من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرعا وتجب ان يراد عرف اهل الشرع وهو المعنى الاصطلاحي الذي عبرنا به لان الشارع نقله فانه لم يثبت وانما تكلم به الشارع على وفق اللغة ولذا حيث ورد في الكتاب والسنة مجردا عن القرائن نحمله على الوطي كما في ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم حتى اثبتوا بها حرمة من زنى بها اباه على الابن وقول قاضي خان انه في اللغة والشرع حقيقة في الوطي مجاز في العقد وقول صاحب المجتبى هو في عرف الفقهاء العقد يوافق ما بينا والمراد بانعقاد مطلقا كان لها او غيره مجموع ايجاب احد المتكلمين مع قبول الآخر سواء كان باللفظين المشهورين من زوجت وتزوجت وغيرهما مما سنذكر او كلام الواحد القائم مقامهما اعني المتولي الطرفين وقول لورشكي انه معنى يحل المحل فيتغير به حال المحل اذ زوجت وتزوجت آلة انعقاده اطلاق له على حكمه فان المعنى الذي تتغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد وقد صرح باخراج اللفظين عن مسماه وهو اصطلاح آخر غير مشهور الامر الثالث سبب شرعيته تعلق البقاء المقدر في العلم

ان شاء الله وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال

الاولى على الوجه الاكمل والاحكام بقاء النوع بالوطء على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظالم والسفك وضياع الانساب بخلافه على الوجه المشروع الامر الرابع شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر واما المحلية فمن الشروط العامة وتختلف بحسب الاشياء والاحكام كمحلية المبيع للبيع والانثى للنكاح الامر الخامس شرطه الذي لا يخصه الاهلية بالعقل والبلوغ وينبغي ان يراد في الولي لا في الزوج والزوجة ولا في متولي العقد فان تزويج الصغير والصغيرة جائز وتوكيل الصبي الذي يعقل العقد ويقصده جائز عندنا في البيع فصحته هنا اولى لانه محض سفير واما الحرية فشرط النفاذ بلا اذن احد الامر السادس ركنه وهو الجنس المقيد في التعريف الامر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الحد المأذون فيه شرعا فخرج الوطء في الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل منهما على الآخر بعض الاشياء مما سيرد في اثناء الكتاب الامر الثامن صفته فاما في حال التوقان قال بعضهم هو واجب بالاجماع لانه يغلب على الظن او يخاف الوقوع في الحرام وفي النهاية ان كان له خوف وقوع الزنا بحيث لا يتمكن من التحرز الا به كان فرضا انتهى ويمكن الحمل على اختلاف المراد فانه قيد الخوف الواقع سببا للافتراض بكونه بحيث لا يتمكن من التحرز الا به ولم يقيد به في العبارة الاولى وليس الخوف مطلقا يستلزم بلوغه الى عدم التمكن فليكن عند ذلك المبلغ فرضا والا فواجب هذا اذا لم يعارضه خوف الجور فان عارضه كره قيل لان النكاح انما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذي يعبد الله تعالى والذي يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد وقضيته الحرمة الا ان النصوص لا تفصل فقلنا بالشبهين انتهى وينبغي تفصيل خوف الجور كتفصيل خوف الزنا فان بلغ مبلغ ما افترض فيه النكاح حرم والا كره كراهة تحريم والله اعلم وفي البدائع قيد الافتراض في التوقان بملك المهر والنفقة فان من تاقت نفسه بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم وصرح قبله بالافتراض في حالة التوقان واما في حالة الاعتدال فداود واتباعه من اهل الظاهر على انه فرض عين على القادر على الوطء والانفاق تمسكا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله صلى الله عليه وسلم لعكاف بن خالد ألك مرأة قال لا قال تزوج فانك من اخوان الشياطين وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تناسلوا فاني مكاثر بكم الامم واختلف مشايخنا فقيل فرض كفاية للدليل الاول والآخر وتعليق الحكم بالعام لا ينفي كونه على الكفاية لان الوجوب في الكفاية على الكل والمعروف انه يسقط بفعل البعض معرفة سبب شرعيته فان كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية وقد عقلنا ان المقصود من الايجاب تكثير المسلمين بالطريق الشرعي وعدم انقطاعهم ولذا صرح بالعلة حيث قال صلى الله عليه وسلم تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم رواه ابو داود وهذا يحصل بفعل البعض واما حديث عكاف فايجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق في حقه وقيل واجب على الكفاية لما ان الثابت بخبر الواحد الظني والآية لم تسق الا لبيان العدد المحلل على ما عرف في الاصول وقيل مستحب وقيل سنة مؤكدة وهو الاصح وهو محمل قول من اطلق الاستحباب وكثيرا ما يتساهل في اطلاق المستحب على السنة ونقل عن الشافعي رحمه الله انه مباح وان التجرد للعبادة افضل منه وحقيقة افضلية ينبغي كونه مباحا اذ لا افضل في المباح والحق انه ان اقترن بنية كان ذا فضل والتجرد عنده افضل لقوله تعالى وسيدا وحصورا مدح يحيى عليه السلام بعدم اتيان النساء مع القدرة عليه لان هذا معنى الحصور وح فاذا استدل عليه بمثل قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر رواه ابن ماجه وبقوله صلى الله عليه وسلم اربع من سنن المرسلين الحياء والتعطر والسواك والنكاح رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وبقوله صلى الله عليه وسلم اربع من اعطيهن فقد اعطي خير الدنيا والآخرة قلبا شاكرا ولسانا ذاكرا وبدنا على البلاء صابرا وزوجة لا تبغيه حوبا في نفسها وماله رواه الطبراني في الكبير والاوسط واسناد احدهما جيد له ان يقول في الجواب لا اكثر الفضيلة مع حسن النية وانما اقول التخلي للعبادة افضل فالاولى في جوابه التمسك بحاله صلى الله عليه وسلم في نفسه ورده على من اراد

للشافعي رحمه الله ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة

من التخلي للعبادة فانه صريح في عين المتنازع فيه وهو ما في الصحيحين ان نفرا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم سألوا ازواجه عن عمله في السر فقال بعضهم لا اتزوج النساء وقال بعضهم لا آكل اللحم وقال بعضهم لا انام على فراش فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله واثنى عليه وقال ما بال اقوام قالوا كذا وكذا لكني اصلي وانام واصوم وافطر واتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني فرد هذه الحالة ردا مؤكدا حتى تبرأ منه وبالجملة فالافضلية في الاتباع لا فيما يخيل للنفس انه افضل نظرا الى ظاهر عبادة وتوجه ولم يكن الله عز وجل يرضى لاشرف انبيائه الا باشرف الاحوال وكان حاله الى الوفاة النكاح فيستحيل ان يقرره على ترك الافضل مدة حياته وحال يحيى بن زكريا عليهما السلام كان افضل في تلك الشريعة وقد نسخت الرهبانية في ملتنا ولو تعارضا قدم التمسك بحال النبي صلى الله عليه وسلم وعن ابن عباس رضي الله عنهما تزوجوا فان خير هذه الامة اكثرها نساء ومن تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الاخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل في معاشرة ابناء النوع وتربية الولد والقيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها والنفقة على الاقارب والمستضعفين واعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن ودفع التقتير عنهن بحبسهن لكفايتهن مؤنة سبب الخروج ثم الاشتغال بتأديب نفسه وتأهيله للعبودية ولتكون هي ايضا سببا لتأهيل غيرها وامرها بالصلوة فان هذه الفرائض كثيرة لم يكد يقف على الجزم بانه افضل من التخلي بخلاف ما اذا عارضه خوف الجور اذ الكلام ليس فيه بل في الاعتدال مع اداء الفرائض والسنن وذكرنا انه لو لم يقترن بنية كان مباحا عنده لان المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه واقول بل فيه فضل من جهة انه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع فالعدول اليه مع ما يعلمه من انه يستلزم اثقالا فيه قصد ترك المعصية وعليه يثاب ووعد العون من الله تعالى للمستحق حالته قال صلى الله عليه وسلم ثلثة حق على الله عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف صححه الترمذي والحاكم اما اذا لم يتزوج المرأة الا لعزها او مالها او حسبها فهو ممنوع شرعا قال صلى الله عليه وسلم من تزوج امرأة لعزها لم يزده الله الا ذلا ومن تزوجها لمالها لم يزده الله الا فقرا ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله الا دناءة ومن تزوج امرأة لم يرد بها الا ان يغض بصره ويحصن فرجه او يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه رواه الطبراني في الاوسط وقال صلى الله عليه وسلم لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن ان يرديهن ولا تزوجوهن لاموالهن فعسى اموالهن ان يطغيهن ولكن تزوجوهن على الدين ولامة خرماء سوداء ذات دين افضل رواه ابن ماجه من طريق عبد الرحمن بن انعم وعن معقل بن يسار رضي الله عنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني اصبت امرأة ذات حسب ومنصب ومال الا انها لا تلد افأتزوجها فنهاه ثم اتاه الثانية فقال له مثل ذلك ثم اتاه الثالثة فقال تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم رواه ابو داود والنسائي والحاكم وصححه هذا ويستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد لانه عبادة وكونه في يوم الجمعة واختلفوا في كراهة الزفاف والمختار لا يكره اذا لم يشتمل على مفسدة دينية وفي الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف وفي البخاري عنها انها زفت امرأة الى رجل من الانصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا عائشة ما يكون معهم لهو فان الانصار يعجبهم اللهو وروى الترمذي والنسائي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت وقال الفقهاء المراد بالدف ما لا جلاجل له والله سبحانه وتعالى اعلم

قوله النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قدمنا ان النكاح في عرف الفقهاء العقد وهذا بيان لان هذا العقد بما يثبت انعقاده حتى يتم عقدا مستعقبا للاحكام فلفظ النكاح في قوله النكاح ينعقد بمعنى العقد اي ذلك العقد الخاص ينعقد حتى يتم حقيقته في الوجود بالايجاب والقبول والانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستعقب الاحكام وذلك بوقوع الثاني جوابا معتبرا محققا لغرض الكلام السابق ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه والكلامان هما الايجاب والقبول فما قيل في تعريف الايجاب انه اصدار الصيغة الصالحة لافادة ذلك العقد مع انه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور

فيه ولا مجاز اعنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج

بل الايجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الافادة بقيد كونها اولا والقبول هي بقيد وقوعها ثانيا من اي جانب كان كل منهما كما ذكر من الدراية وغيرها من قوله لو قدم القبول على الايجاب بان قال تزوجت بنتك فقال زوجتكها ينعقد به صحيح في الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول بل لا يتصور تقديمه لان ما تقدم هو الايجاب كما صرح به في النهاية هنا وصرح الكل به في البيع وكان الحامل على حمل الاصدار وصل قوله بلفظين بقوله الايجاب والقبول فافاد الكتاب انهما كان خلافهما والحق ما علمتك ووصلها ابدال وبيان يدفع به ما قد يتوهم من الاعرف معنى الايجاب والقبول في العرف فيعم المفيد فابدل منه لتخرج الكتابة ولو كتبنا الايجاب والقبول لا ينعقد والمراد باللفظين ما هو اعم من الحقيقة والحكم فليدخل متولي الطرفين او ما يخص من الحقيقة وليس هذا بحد بل اخبار بنسوق بعضها على بعض لافادة ما يتم به العقد فقال ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي وينعقد بلفظين احدهما مستقبل لانه توكيل والواحد يتولى طرفي النكاح فينعقد بكلامه وحده كما ينعقد بكلام اثنين ولا اشكال في شيء من هذا وعرف من تعريف الايجاب والقبول بانهما اللفظان الصالحان لافادة ذلك العقد عدم الاختصاص بالعربية وعدم لزوم ذكر المفعولين او احدهما بعد دلالة المقام والمقدمات لان الحذف لدليل جائز في كل لسان وعدم لزوم لفظ النكاح والتزويج فعن هذا قلنا اذا قالت زوجتك نفسي فقالت قبلت او قال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان القائل سفيرا ولا مفعول فلم يضفه الى الموكل نفذ عليه في التجنيس رجل خطب لابنه الصغير امراة فلما اجتمعا للعقد قال ابو المراة لاب الزوج دادم بزني اين دختررا بهزار درم فقال اب الزوج پذيرفتم يجوز النكاح على الاب وان جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لان الاب اضافه الى نفسه وهذا امر يجب ان يحتاط فيه بخلاف ما لو قال اب الصغيرة زوجت بنتي من ابنك فقال اب الابن قبلت ولم يقل لابني يجوز النكاح للابن لاضافة المزوج النكاح الى الابن ويتعين قول القائل قبلت جوابا له والجواب يتقيد بالاول فصار كما لو قال قبلت لابني ونظير الاول في البيع لو قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعت هذا بالف ولم يقل منك فقال الآخر اشتريت صح ولزمه وكذا لو قالت المراة بالفارسية خويشتن بزني دادم بعده وكابين فقال الزوج پذيرفتم صح وان لم يقل منك **قوله** يعبر بهما عن الماضي مثل انكحتك وزوجتك فيقول قبلت او فعلت او رضيت وفي الانعقاد بصرت لي وصرت لك خلاف وظاهر الخلاصة اختياره اذا اتصل القبول ولو قال عرستك نفسي فقبل انعقد ثم بين ان الانعقاد به باعتبار انه جعل انشاء شرعا فصار هو علة للعقد فيثبت المعنى عقيبه والمراد بقوله جعلت للانشاء شرعا تقرير الشرع ما كان في اللغة وذلك لان العقد قد كان يتشابها قبل الشرع فقرره الشرع وانما اختيرت للانشاء لانها ادل على الوجود والتحقيق حيث افادت دخول المعنى في الوجود قبل الاخبار فاقيد بها ما يلزم بوجود اللفظ ثم لما علمنا ان الملاحظ من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضى كما نص عليه في قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم عدينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد الى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر فقلنا لو قال بالمضارع ذي الهمزة اتزوجك فقال زوجتك نفسي انعقد وفي المبدو بالتاء تزوجني بنتك فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد لانه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الاول لانه لا يستخبر نفسه عن الوعد واذا كان كذلك والنكاح لا تجري فيه المساومة كان للتحقيق في الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للانشاء بل باعتبار استعماله في غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال في شرح الطحاوي لو قال هل اعطيتنيها فقال اعطيت ان كان المجلس للوعد فوعد وان كان للعقد فنكاح فيحمل قول السرخسي بالفارسية ميدهي ليس بشيء على ما اذا لم يكن قصد التحقيق ظاهرا ولو قال باسم الفاعل كذلك عن ابي حنيفة اذا قال جئتك خاطبا ابنتك ولتزوجني ابنتك فقال الاب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب ان لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه كما قلنا والانعقاد بقوله انا متزوجك ينبغي ان يكون كالمضارع المبدو بالهمزة سواء وقلنا ينعقد بلفظين وضع احدهما للمستقبل يعني الامر فلو قال زوجني بنتك

بين المالك والمملوك اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة

فقال زوجتك انعقد ومنه كونى امرأتى ينعقد اذا قبلت وفى النوازل زوجى نفسك منى فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح غير ان المص جعل الجهة بعد انه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفى النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالمجيب وصرح غيره بانها نفسها ايجاب فيكون قائما بهما فى فتاوى قاضيخان قال ولفظ الامر فى النكاح ايجاب وكذا فى الطلاق اذا قالت طلقنى على الف فطلق كان تاما وكذا فى الخلع وكذا لو قال لغيره اكفل لى بنفس فلان هذا او بما عليه فقال كفلت تمت الكفالة وكذا لو قال هب لى غدا العبد فقال وهبت فى مسائل اخر ذكرها وهذا احسن لان الايجاب ليس الا اللفظ المفيد قصد تحقيق المعنى اولا وهو صادق على لفظة الامر فليكن ايجابا ويستغنى عما اورد على تقرير الكتاب من انه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس وجوابه انه فى ضمن الامر بالفعل فيكون قد اراد تحصيل الفعل فى المجلس الظاهر انه لابد من اعتباره توكيلا والا فى طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعنيه بكذا فيقول بعت بلا جواب وجوابه ما ذكره المص فى البيع بانه توكيل والواحد يتولى طرفى العقد فى النكاح فيصح دون البيع فتمام العقد قائم بالمجيب فالبيع ولا ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل فلذا قيل المثال الصحيح اتزوجك بالف فيقول قبلت على ارادة الحال وعرف من هذا ان شرط القبول فى النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافا للشافعى وقد يوهم ما ذكر فى المنية قال زوجتك بالف فسكت الخاطب فقال الصهر ادفع المهر قال نعم فهو قبول وقيل لا ان فيه خلافا وان كان المختار الصحة وقد يكون منشاؤه من جهة انه كان متصفا بكونه خاطبا حيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا فى رجوعه فيحكم به ولا فقوله نعم بعده لا يفيده بمفرده لان الفور شرط مطلقا والله سبحانه اعلم وصورة اختلاف المجلس ان يوجب احدهما فيقوم الآخر قبل القبول او اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان الانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالآخر وباختلاف المجلس يتفرقان حقيقة وحكما فلو عقدا وهما يمشيان او يسيران على الدابة لا يجوز وان كانا فى سفينة سائرة جاز وستعرف الفرق فى البيع ان شاء الله تعالى فرع تزوج باسمها الذى تعرف به حتى لو كان لها اسمان اسم فى صغرها وآخر فى كبرها تزوج بالاخير لانها صارت معروفة به ولو كانت له بنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتى فاطمة وهو يريد عائشة فقبل انعقد على فاطمة ولو قال ابنتى فاطمة الكبرى قالوا ينبغى ان لا ينعقد على احدهما ولو قال زوجت بنتى فلانة من ابنك فقبل وليس لهما الا ابن واحد وبنت صح وان كان لهما ابنتان وابنان لا الا ان يسميا البنت والابن ولو زوج غائبة وكيل فان كان الشهود يعرفونها فذكر مجرد اسمها جاز وان لم يعرفونها فلابد من ذكر اسمها واسم ابيها وجدها اما لو كانت حاضرة متنقبة فقال تزوجت هذه وقبلت جاز لانها صارت معروفة بالاشارة اما الغائبة فلا تعرف الا بالاسم والنسب وقيل يشترط فى الحاضرة كشف النقاب وستذكر وجه عدمه فى الوكالة بالنكاح ان شاء الله تعالى وكذا الحال فى تسمية الزوج الغائب وفى التجنيس لو ابنه اسمها فاطمة فقال وقت العقد زوجتك بنتى فاطمة ولم تقع الاشارة الى شخصها لا يصح فانه اذا لم يشر اليها يقع العقد على المسمى وليس له ابنة بذلك الاسم وفى النوازل قال ابو بكر خنثى مشكل زوج من خنثى مشكل برضى الولى فلما كبرا اذا الزوج امرأة والمرأة رجل جاز نكاحهما عندى لان قوله تزوجتك يستوى من الجانبين وفى صغيرين قال ابو احدهما زوجت بنتى هذه من ابنك هذا وقبل ثم ظهرت الجارية غلاما والغلام جارية جاز كذلك القياس وقال الفقيه لا يجوز وفى المنية زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين وفى التجنيس رجل قال لامرأة بحضرة الشهود راجعتك فقالت المرأة رضيت يكون نكاحا فانه نص فى الجامع الكبير لو قال للمطلقة طلاقا بائنا او ثلاثا ان راجعتك فعبدى حر تنصرف الرجعة الى النكاح لان الرجعة قدر ادبها الرجعة وقدر لو ارادها فينظر الى المحل والمحل هنا لا يقبل الرجعة المعروفة فانصرفت الى النكاح وسيأتى الكلام فى الرجعة بلفظ النكاح فى كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى

في محلها بواسطة ملك الرقبة وهي الثابت بالنكاح والسببية

ثم قال وذكر في الاجناس لو طلق امرأته ثلاثا ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بذلك بحضرة الشهود قال هذا النكاح جائز ان لم يذكر بالا فليس بنكاح الا ان يجتمعا انه اراد بذلك فيكون نكاحا فيثبت بهذا ان ما ذكر في الكتاب محمول على ما اذا ذكر المال واتفقا ان الزوج اراد به النكاح انتهى وذكر في فتاوى قاضيخان عن بعضهم تفصيلا بين المبانة والاجنبية ففي المبانة يكون نكاحا وفي الاجنبية لا وسكت عليه وهو الاحسن فان التجوز بلفظ الرجعة في نكاح المطلقة لا يستلزم صحته في غيرها رجل وامرأة اقرا بالنكاح بحضرة الشهود فقال هي امرأتي وانا زوجها وقالت هو زوجي وانا امرأته وقال الآخر نعم لا ينعقد النكاح بينهما لان الاقرار اظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت ولهذا لو اقر الانسان بمال كاذبا لا يصير له وكذا لو قالا اخبرناه اورضيناه بحضرة الشهود لا ينعقد بخلاف جعلناه ولو قال الشهود جعلتما هذا نكاحا وقالا نعم انعقد لانه ينعقد بلفظ الجعل حتى لو قالت جعلت نفسي زوجة لك فقبل ثم قال اعطيتك الفا على ان يكون لي امرأتي فقبلت ثم قال زوج بنتك فلانة مني بكذا فقال دفعتها او اذهب بها حيث شئت لا ينعقد في التجنيس لانه كالمضاف الى ما بعد الدفع ولا ينعقد المضاف لو قال تزوجتكها غدا فقبل لا يصح لعدم صحة المعلق اولى في فتاوى قاضيخان قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يكون ذلك نكاحا ولم يذكر خلافا قوله ويجوز النكاح المعلق اذا كان على امر ماض لانه معلوم للحال وعليه فرع ما لو قال خطبت بنتك فلانة لابني فلان فقال زوجتها من فلان قبل هذا فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها من فلان قبل فقد زوجتها من ابنك فقبل اب الابن بحضرة الشهود ولم يكن زوجها من احد صح النكاح لان التعليق كائن للحال تحقيق وتنجيز واذا اضاف النكاح الى نصفها ففيه روايتان والصحيح عدم الصحة كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في المبسوط في موضع جوازه كالطلاق قوله وينعقد الخ حاصل الالفاظ المذكورة ههنا اربعة اقسام قسم لا خلاف في الانعقاد به في المذهب بل الخلاف في خارج المذهب وقسم فيه خلاف في المذهب والصحيح الانعقاد وقسم فيه خلاف والصحيح عدمه وقسم لا خلاف في عدم الانعقاد به والاوجه ان ترتب على هذا الترتيب ليلي كل قسم ما هو اقرب اليه وهكذا فعل المصنف الا في لفظ الوصية القسم الاول ما سوى لفظي النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل نحو جعلت بنتي لك بالف خلافا للشافعي وجوازه عندنا بطريق المجاز فان المجاز كما يجري في الالفاظ اللغوية تجري في الالفاظ الشرعية وانما الكلام في تحقيق طريقه ههنا فنفاه الشافعي ره بناء على انه ما يجوز التجوز اما اجمالا فلانه لو جاز لصح ان يتجوز بلفظ كل منهما عن الآخر فكان يقال انكحتك هذا الثوب مرادا به ملكتك كما يقال ملكتك نفسي وبنتي مرادا به انكحتك وليس فليس واما تفصيلا فلان التزويج هو التلفيق وضعا والنكاح للضم والازدواج بين المالك والمملوك ولهذا يفسد النكاح عند ورود ملك احد الزوجين على الآخر ولو كان لم ينافيه لتاكد به وان صح هذا الوجه عنه كان معترفا بانه لغة على خلاف ما تقدم نقله عنه من انه العقد الا ان يعني فيما تقدم انه في لسان الشرع بناء على النقل ولنا ان التمليك اي معناه الحقيقي سبب الملك المتعة في محلها بواسطة كونه سبب ملك الرقبة وملك المتعة في محلها هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز واما عدم جواز استعارة النكاح للتمليك فليس لعدم المشترك بل لما فرغ منه في الاصول من انه لا يجوز استعارة اسم المسبب للسبب عندنا الا اذا كان المقصود من شرعية السبب حكما كالبيع لملك الرقبة وليس ملك المتعة الذي هو موجب النكاح هو المقصود من التمليك بل ملك الرقبة والجواب عن الثاني منع انه لا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك قوله والا لما فسد النكاح الخ قلنا فساده للزوم المنافاة بين كون احدهما مالكا لكل الآخر وكون ذلك الآخر مالكا بحكم الزوجية لبعض ما يملكه عليه ذلك بحكم ملك الرقبة على ما يتبين ان شاء الله تعالى في فصل المحرمات لا لعدم الضم والازدواج وللشافعي ره ايضا انه خص النكاح باشتراط الشهادة فالنكاح المختص باللفظين النكاح والتزويج لدليل ولم يرد غيرهما شرعا والجواب منعها بل قد ورد بلفظ الهبة فلم يختص قال الله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت للنبي عطفا

طريق المجاز وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز

على المخالفات في قوله تعالى إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك ثم الأصل عدم الخصوصية حتى يقوم دليلها وقوله تعالى
خالصة لك يرجع إلى عدم المهر بقرينة إعقابه بالتعليل بنفي الحرج فإن الحرج ليس في ترك لفظ إلى غيره خصوصا بالنسبة إلى أفصح العرب بل في لزوم المال وبقرينة
وقوعه في مقابلة المؤتى أجورهن فصار الحاصل أحللنا لك الأزواج المؤتى مهورهن والتي وهبت نفسها لك غير آخذ مهرا خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين أما هم فقد علمنا
ما فرضنا عليهم في أزواجهم من المهر وغيره وإنما صدر الشريعة جواز كونه متعلقا بأحللنا فيفيد في إحلال زوجة له لإفادة عدم حلهن لغيره صلى الله عليه وسلم وله
أيضا أن الشهادة شرط في النكاح والكناية فيها لا بد من النية ولا اطلاع للشهود قال في شرح الكنز قلنا ليست بشرط مع ذكر المهر وذكر السرخسي أنها ليست بشرط مطلقا
لعدم اللبس كتبعيتهم للشجاع أسد كما إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة ينصرف إلى المجاز من غير نية ولأن كلامنا فيما إذا صرح به ولم يبق احتمال انتهى ويشكل بأن الحكم بالمجاز
يتوقف على أمرين أحدهما قرينة تدل على إرادة غير ذلك المعنى المجازي ولذا لو طلب من امرأة فقالت وهبت نفسي منك وقيل لا ينعقد والآخر وجود قرينة
تنفي الحقيقي ولذا قال أبو البنت وهبت بنتي منك لتخدمك قيل لا ينعقد هذا في الحكم به أما في جواز التجوز فقط فالشرط مع الأول الإرادة لا قرينتها وذلك لأن اعتبار
ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ لأن نسبته إليه كنسبته إلى غيره فالمخصص لمعنى معين دون غيره ليس إلا علاقة وضعه له
أو إرادة ما بينه وبين ما وضع له معنى مشترك ثبت اعتبار نوعه عن الواضع في الاستعمال فيه والإرادة لازمة في المحلين غير أن الحكم من السامع بإرادة المتكلم المعنى
الحقيقي لا يفتقر إلى نصب قرينة تفيد إرادته بل يكفي عدم قرينة تصرف عنه وهذا ما يقال الكلام لحقيقته ما لم يقم الدليل على مجازه بخلاف حكمه بإرادة ما لم يوضع له حيث
يفتقر إلى دليل إرادته فإن لم يكن فلا بد من علم الشهود بمراده بأن أعلمهم به ولذا قال في الدراية في تصوير الانعقاد بلفظ الإجارة عند من يجيزه أن يقول أجرت
بنتي ونوى به النكاح وعلم الشهود انتهى بخلاف ما إذا قال بعتك بنتي بحضرة الشهود فإن عدم القبول المحل للمعنى الحقيقي وهو الحرية للبيع يوجب الحمل على المجازي
هو القرينة فيكتفى بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها أمة احتيج إلى قرينة زائدة في البدائع لو قال لرجل وهبت أمتي منك فإن كان الحال يدل على النكاح من
إحضار الشهود وتسمية المهر مؤجلا ومعجلا انصرف إلى النكاح وإن لم يكن الحال تدل على النكاح فإن نوى وصدقه الموهوب له فكذلك وإن لم ينو ينصرف إلى ملك الرقبة انتهى
والظاهر أنه إذا لم يدل الحال فلا بد مع النية من إعلام الشهود كما قدمناه لأنه لا بد من فهمهما المراد على المختار على ما سنذكره وقد رجع شمس الأئمة إلى التحقيق حيث قال
ولأن كلامنا فيما إذا صرح به ولم يبق احتمال ولا يخفى عدم المناسبة بين ما علل به من عدم اللبس وحكمه وهو عدم اشتراط أو عدم اللبس إنما يصلح لتعليل دعوى فهمهما
وفهمها وأما الحالف لا يأكل من هذه النخلة فيحكم عليه بإرادة المجازي نظرا إلى تعذر الحقيقي وكونه متكلما وأما الهازل فمريد للمعنى للفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم
نعم قد يقال في عقد التلجئة يتعين لفظ الحقيقة بناء على كون الإيجاب قرينة تصرف عن إرادة المعنى المجازي إذ غرضه ليس إلا التخلص وذلك بإجراء اللفظ فقط أو مريدا حقيقته للتخلص وهي
متعذرة إذ لا تصح هبة الحرة وبيعها والذي أقيم مقام المعنى في قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة هو الحقيقة دون المجاز والله أعلم وأورد كيف
ينعقد بالهبة وبها يقع الفرقة إذا نوى به الطلاق وهو سؤال ساقط أما أولا فهو مشترك الإلزام إذ يلزم مثله في التزوج فإنه يقع به إذا نوى بقوله تزوجي والحل أن الهبة
فيها علاقة السببية للملك فيجوز بها غير أنه إذا أضاف الملك المتجوز عنه بالهبة إليها نفسها بقوله وهبت نفسك لك صح طلاقا وإن أضافه إلى الرجل صح نكاحا
فظهر أن اختلاف الموجب في هذا اللفظ الواحد ليس إلا لاختلاف الإضافة بل بنفس توجيه السؤال تظهر صحة استعارتها للملك العابر لملك الرقبة إذ لم يرد الطلاق
إلا باعتبار استعارتها **القسم الثاني** ما اختلفوا في الانعقاد به والصحيح الصحة وهو بعت نفسي منك بكذا وبنتي أو اشتريتك بكذا فقالت نعم ينعقد قوله
هو الصحيح احتراز عن قول أبي بكر الأعمش وتعليله لوجود طريق المجاز تعليل للصحيح وجهه ما قدمناه في تقرير التمليك واختلف بالانعقاد بلفظ السلام فقيل

ولا ينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظة الاباحة

الا ان السلم في الحيوان لا يجوز وقيل ينعقد لانه تثبت به ملك الرقبة والمنقول عن ابي حنيفة رح ان كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم في الحيوان ينعقد لو اتصل به القبض ينعقد الملك فاسدا لكن ليس كما يفيد المعنى الحقيقي للفظ يفيده مجازيه لعدم لزوم اشتراك المقصد فيهما وفي لفظ الصرف في شرح الكنز فيه روايتان وفي البدائع قيل لا ينعقد لانه وضع لاثبات ملك الدراهم والدنانير التي لا تتعين في المعقود عليه بنا يتعين وقيل ينعقد لانه تثبت به ملك العين في الجملة وظاهر هذا انهما قولان وكان منشأهما الروايتان واما القرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به وقيل لا لانه في معنى الاعارة قيل الاول قياس قولهما والثاني قياس قول ابي يوسف بناء على ثبوت الملك في العين وعنده لا واما لفظ الصلح فذكر صاحب الاجناس انه لا ينعقد به وذكر شمس الائمة السرخسي في كتاب الصلح انعقاد النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز القسم الثالث لا ينعقد بالاجارة والاعارة في الصحيح احتراز عن قول الكرخي وجهه ان الثابت بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك وجه الصحيح على ما ذكروا انها لا ينعقد الا موقتة والنكاح الشرط فيه نفيه فلا يستعار احدهما للآخر وقد يقال ان كان المتضادان هما العرضيان اللذان لا يجتمعان في محل واحد لزمكم مثله في البيع لانه لا يجامع النكاح مع جواز العقد به والتحقيق ان الموقتة ليس جزء مفهوم لفظ الاجارة بل شرط لاعتباره شرعا خارج عنه فهو مجرد تمليك المنافع بعوض غير انه وقع مجردا لا يعتبر شرعا على مثال الصلوة هي القيام الخ ولو وجد بلا طهارة لا تعتبر ولا يقال ان الطهارة جزء مفهوم الصلوة ولذا عدل المص عن التوجيه بهذا الى نفي السببية التي هي العلاقة فان الاجارة ليست سببا لملك المتعة حتى يتجوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالاجارة وبهذا اذا جعلت المرأة مستاجرة اما اذا جعلت بدل الاجارة او راس مال السلم كان يقال استاجرت دارك بنتي هذه او اسلمتها اليك في كر حنطة ينبغي ان لا اختلاف في جوازه فانه اضاف اليها بلفظ يملك به الرقاب قال المص ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت وعن الطحاوي ينعقد لانه يثبت به الرقبة في الجملة وعن الكرخي رح ان قيد الوصية بالحال بان قال وصيت لك بنتي هذه الآن ينعقد لانه به صار مجازا عن التمليك انتهى وينبغي ان لا اختلاف في صحته فالحاصل انه اذا قيد بالحال يصح او بما بعد الموت بان قال اوصيت لك بابنتي بعد موتي لم يكن نكاحا ولو قال اوصيت لك بها ولم يزد فقيل لا يكون نكاحا وعن الطحاوي ينعقد ثم كون الاضافة الى ما بعد الموت بيان الواقع فيما نحن فيه والا فمجرد الاضافة تستقل لعدم الصحة لو قال وجعلتها غدا لم يصح فحاصل الوجه ان الاضافة ماخوذ من مفهوم الوصية وعدمها في النكاح فتضادا ولا تجوز بلفظ احد الضدين عن الآخر بخلاف الهبة ليست جزء مفهوم لفظ الاضافة الى ما بعد القبض بل هي تمليك العين بلا بدل ثم هو يتاخر فيما اذا كان الموهوب في يد الموهوب له الضعف سببيتها بسبب عدم العوض ولذا لو كان في يد الموهوب له ثم الملك بنفس اللفظ القسم الرابع لا ينعقد بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة والرهن والتمتع لعدم تمليك المنفعة في كل منها فانتفى الجامع وهو المشار اليه بقوله لما قلنا ولا ينعقد بلفظ الاقالة والخلع لانها لفسخ عقد سابق فروع الاول كل لفظ لا ينعقد به النكاح ينعقد به الشبهة فيسقط به الحد ويجب لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل ان دخل بها الثاني لو لقنت المرأة زوجت نفسي بالعربية ولا تعلم معناه وقبل والشهود يعلمون ذلك او لا يعلمون صح كالطلاق وقيل لا كالبيع كذا في الخلاصة ومثله في جانب الرجل اذا لقنه ولا يعلم معناه وهذه في جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع فالثلاثة الاول واقعة في الحكم ذكره في عتاق الاصل في باب التدبير واذا عرف الجواب فيها قال قاضيخان ينبغي ان يكون النكاح كذلك لان العلم بمضمون اللفظ انما يعتبر لاجل القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجد والهزل بخلاف البيع ونحوه واما في الخلع اذا لقنت اختلعت نفسي منك بمهري ونفقة عدتي فقالته ولا تعلم معناه لفظ الخلع واختلفوا فيه قيل لا يصح وهو الصحيح قال القاضي فينبغي ان يقع الطلاق ولا يسقط المهر والنفقة وكذا لو لقنته ان تبرئه وكذا الديون

والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت

او التقى رب الدين لفظ الابراء لا ابراء الثالث اذا سمى المهر مع الايجاب فقال تزوجتك بكذا فقالت قبلت النكاح ولا اقبل المهر قالوا لا يصح ولا يشكل
بانه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية او وجودها لانه ما اوجب النكاح الا بذلك القدر المسمى فلو صححناه اذا قبلت في النكاح دون المهر للزمه مهر المثل
وهو لم يرض بالنكاح به بل بما سمى فيلزمه ما لم يلتزمه بخلاف ما اذا لم يسم من الاصل لان غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه مع انه لازم فيلزمه ما التزمه
ولو قال قبلت النكاح ولم يزد على ذلك انعقد النكاح بما سمى وقد يخالفه ما في المنتقى عبد تزوج على رقبته بغير اذن المولى فبلغه فقال اجيز النكاح ولا اجيز على رقبته
يجوز النكاح ولها الاقل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه بخلاف ما في الجامع امة تزوجت بغير اذن المولى على مائة درهم فبلغه فقال اجزت النكاح على خمسين دينار
او رضي به الزوج لان هذه مفروضة برضى الزوج فهي ملحقة باجازته والحق ما علمتك من كلام المشايخ فيجب التعويل عليه وان خالف ما عن محمد رحمه الله الرابع ينعقد النكاح
بالكتاب كما ينعقد بالخطاب وصورته ان يكتب اليها يخطبها فاذا بلغها الكتاب احضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسي منه او تقول ان فلانا كتب الي
يخطبني فاشهدوا اني زوجت نفسي منه اما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسي من فلان لا ينعقد لان سماع الشطرين شرط صحة النكاح وباسماعهم الكتاب
او التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما اذا انتفيا ومعنى الكتاب بالخطبة ان تكتب زوجيني نفسك فاني رغبت فيك ونحوه ولو جاء الزوج بالكتاب
الى الشهود مختوما فقال هذا كتابي الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز في قول ابي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول ابي يوسف رحمه الله ثم رجع وجوزه من غير
شرط اعلام الشهود بما فيه واصل الخلاف كتاب القاضي الى القاضي على ما سيأتي ان شاء الله تعالى قال في المصفى هذا الخلاف اذا كان الكتاب بلفظ التزوج
اما اذا كان بلفظ الامر كقوله زوجي نفسك مني لا يشترط اعلامها الشهود بما في الكتاب لانها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ونقله من الكامل قال
وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا جحد الزوج الكتاب بعد ما اشهدهم عليه من غير قراءة عليهم ولا اعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب اليه الكتاب وقبل العقد بحضرتهم فشهدوا
ان هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما ولا يقضى بالنكاح وعنده تقبل ويقضى به اما الكتاب فصحيح بلا اشهاد وهذا الاشهاد لهذا وهو
ان تتمكن المرأة من اثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب كذا في المبسوط شيخ الاسلام والكامل واجمعوا في الصك ان الاشهاد لا يصح ما لم يعلم المكاتب ما في الكتاب واعلم
ان ما نقلناه من نفي الخلاف في صورة الامر انما يتمشى له على قول المصنف حقيقيا اما على قول من جعل لفظ الامر ايجابا كقاضيخان على ما نقلناه عنه فيجب اعتبار اعلامها اياهم
ما في الكتاب اذ ان لم يعلمهم بما في الكتاب يكون من صورة الخلاف على ما صدرنا به المسئلة الخامس ينعقد بالاشارة من الاخرس اذا كانت له اشارة معلومة السادس ينعقد
بنقل الرسول عبارة المرسل الى الغائبة بحضرة الشهود وكلاهما وسنفصل ان شاء الله تعالى في فصل الوكالة بالنكاح السابع لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة فلو قال تزوجتك
على ان لا يطلقك عندك فاجابته بالنكاح انعقد ووجب المهر مثلها عليه ولا شيء لها من العبد الثامن لا يجوز تعليق النكاح بالخطر لو قال اذا جاء فلان فقد زوجتك بنتي فلانة فقبل
فجاء فلان لا ينعقد وكذا التعليق بالرجعة اذ كل منهما الزام والذي يجوز تعليقه بالشرط ما هو اسقاط كالطلاق والعتاق والتزام كالنذر الا التعليق بالمشية اذا ابطل
من له المشية في المجلس على ما في التجنيس في رمز الفتاوى الصغرى وغيرهما اذا قال تزوجتك ان شئت وان شاء زيد فابطل صاحب المشية مشيته في المجلس فالنكاح
جائز لان المشية اذا ابطلت في المجلس صار نكاحا بغير مشية كما قالا في السلم اذا ابطل الخيار في المجلس جاز السلم ثم قال لكن هذا اذا بدأت المرأة اما اذا بدأ الزوج فقال تزوجتك
ان شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ولا يحتاج الى ابطال المشية بعد ذلك لان القبول مشية انتهى وهذا ناظر الى ان ما من جانب المرأة هو القبول
تقدم او تأخر وما من جانب الرجل ايجاب تقدم او تأخر وقد قدمنا قريبا ان الحق ان الاول ايجاب من اي جهة كان والثاني قبول لذلك ولعدم جواز
التعليق بالخطر امتنع خيار الشرط فيه فيبطل كما لو قال تزوجتك على اني بالخيار فقبلت صح ولا خيار له بخلاف ما لو قال ان رضي ابي لا يجوز بخلاف من خطب اليه بنته فقال

قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رضـ اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رحـ في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رحـ وستعرف في الشهادات ان شاء الله

زوجتها فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها من فلان فقد زوجتها ابنك فقبل بحضرة الشهود ثم ظهر انه لم يكن زوجها حيث ينعقد النكاح بينهما لان هذا التعليق بالموجود للحال فهو تحقيق كذا اجاب بعض المشائخ وسنفصل الكلام في خيار الشرط والرؤية والعيب في باب المهر ان شاء الله تعالى التاسع لو وصل الايجاب بتسمية المهر كان من تمامه حتى لو قبل الآخر قبله لا يصح كامرأة قالت لرجل زوجت نفسي منك بمائة دينار فقبل ان تقول بمائة دينار قبل الزوج لا ينعقد لان اول الكلام يتوقف على آخره اذا كان في آخره ما يغير اوله وهنا كذلك فان مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى بعده يغير ذلك الى تعيين المذكور فلو قبل قبل الزوج قبله العاشر ينعقد النكاح من الهازل وتجري مواجبه لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه الترمذي من حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابو داود وجعل العتق بدل الرجعة ولذا ينعقد من المكره قوله ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور احترز عن غير المسلمين فسيأتي ان انكحة الكفار بغير شهود صحيحة اذا كانوا يدينون بذلك وقوله بحضور لا يوجب السماع وهو قول جماعة منهم القاضي علي السغدي ونقل عن ابواب الامارة من السير الكبير انه يجوز وان لم يسمعوا وعلى هذا جوازه بالاصمين والنائمين واشتراط السماع لانه المقصود من الحضور وسيأتي تمامه اما اشتراط الشهادة فلقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود قال المصنف وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الاشهاد وظاهره انه حجة عليه في الامرين اشتراط الاعلان وعدم اشتراط الاشهاد لكن المقصود انه حجة في اصل المسئلة وهو اشتراط الاشهاد والمراد وذكر الاعلان تتميما لنقل مذهبه ونفي اشتراط الشهادة التابعين قول ابن ابي ليلى وعثمن البتي وابي ثور واصحاب الظواهر قيل وزوج ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن وهم محجوجون لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود رواه الدارقطني وروى الترمذي عن ابن عباس رضـ البغايا اللاتي ينكحن انفسهن بغير بينة ولم يرفعه غير عبد الاعلى في التفسير ووقفه في الطلاق لكن ابن حبان روى من حديث عائشة رضـ انه صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له وقال ابن حبان لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا وشتان ما بين هذا وبين قول فخر الاسلام ان حديث الشهود مشهور يجوز تخصيص الكتاب به اعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية فيندفع به الايراد المعروف وهو لزوم الزيادة على الكتاب او تخصيصه بخبر الواحد وجواب آخر وهو انه خص بنية المحرمات فجاز تخصيصه بخبر الواحد ثانيا ولو عدل الى ان النص واحل لكم ما وراء ذلكم فالجواب بان العام المخصوص بالمشركة ونحوها واعلم ان مشائخ رحمهم الله نصبوا الخلاف في موضعين في الشهادة على ما ذكرنا وفي الاعلان واستدلوا لمالك رحـ في اثباته بالمنقول من قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث عن عائشة رضـ عنها عنه صلى الله عليه وسلم اعلنوا النكاح رواه الترمذي وقال حسن غريب وبالمعقول وهو ان حرام هذا الفعل يكون سرا فقصد بكون جهره ينتفي التهمة الذي يظهر ان هذا نصب في غير محل النزاع يظهر ذلك من جوابهم عن هذا الاستدلال وغيره وذلك ان كلمتهم قاطبة فيه على القول بموجب دليل الاعلان وأداء العمل بها باشتراط الاشهاد اذ به يحصل الاعلان وكلام المبسوط حيث قال ولان الشرط لما كان الاظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعا وذلك بشهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لا يبقى سرا وقول الكرخي رحـ نكاح السر ما لم يحضره شهود فاذا حضروا فقد اعلن قال وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفي صريح فيما ذكرنا فالتحقيق انه لا خلاف في اشتراط الاعلان وانما الخلاف بعد ذلك في ان الاعلان المشترط هل يحصل بالاشهاد حتى لا يضر بعده توصية الشهود بالكتمان اذ لا يضر بعد الاعلان التوصية بالكتمان او لا يحصل بمجرد الاستشهاد حتى يضر فقلنا نعم وقالوا لا ولو اعلن بدون الاشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر وهو الاشهاد وعنده يصح فالحاصل ان شرط الاشهاد يحصل في ضمنه الشرط الآخر فكل اشهاد اعلان ولا ينعكس كما لو اعلنوا بحضرة صبيان او عبيد قوله لعدم الولاية

ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين **قال** وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز

يعني القاصرة وهي ولاية على نفسه لا التامة وهي نفاذ القول على الغير لان تلك محتاج اليها الاداء تعليل لعدم صحة شهادة الصبي والعبد والمجنون في باب النكاح وان لم يكن من شرط هذه الشهادة الاداء فاذا لم يكن ولاية على نفسه والشهادة فرعها لم تكن شهادة وقد جازت شهادة المحدود في القذف لولايته على نفسه والمدبر والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم ولو حضر العبد والصبي للعقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتيج الى الاداء بجحود النكاح فشهدا دون من كان معهما ممن انعقد بحضوره جازت شهادتهما وان لم يكن صحة العقد كانت بحضورهما هذا ومذهب احمد رحمه الله جواز شهادة العبد مطلقا واستبعد نفيها لانه لا كتاب ولا سنة ولا اجماع في نفيها وحكى عن انس رضي الله عنه انه قال ما علمت احدا رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الامم يوم القيمة فكيف لا تقبل ههنا وتقبل شهادته على النبي صلى الله عليه وسلم في رواية الاخبار والذي ذكر من المعنى وهو ان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له ممنوع فانه لا تلازم عقلا بين تصديق مخبر في اخباره بما شاهده بعد كونه عدلا رضيا غير مملوك المنافع ولا شرعا لم لا يجوز ان يبتلي عبدا من عباد الله بالرق ويقبل اخباره كيف وليس الشرط ههنا كون الشاهد ممن يقبل اداؤه ولذا اجاز بعولدي الزوجين ولا اداء لهما وغاية ما يجيء فيه انه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعا لم يصح له تصرف التحق بالجمادات في حق العقود ونحوها فكان حضوره كلا حضور وانا ما ذكره في المبسوط حيث قال ولان النكاح يفعل في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون الى محافل الرجال فكان حضورهما كلا حضور فحاصله اشتراط الشهادة انما هو لاظهار الخطر ولا خطر في احضار مجرد العبيد والصبيان كذا اهل الذمة في انكحة المسلمين وكذا النساء منفردات عن الرجال فيشمل هذا الوجه نفي شهادة الكل وعلى اعتباره اولى ان ينفي شهادة السكارى حال سكرهم وغيبتهم وان كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو وهذا الذي اثرته **قوله** ولا تشترط العدالة حتى تنعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له ان الشهادة من باب الكرامة حقيقة الى الرجوع الى الوجه الاول لقائل انما شرطت ايضا لاظهار الخطر وهو معنى التكرمة والفاسق من اهل الاهانة فلا تكرمة ولا تعظيم للعقد باحضاره ما عارضه المجرد ولنا انه اي الفاسق من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحليله من شرطيه وضع فيها المقدم ثم حمل من تحليليه من اقتراني كما سلكه بعض الشارحين طال اي لما كان من اهل الولاية كان من اهل الشهادة فهذه دعوى بملازمة شرعية وقوله وهذا لانه لم يحرم الولاية على نفسه الخ ملازمة اخرى لبيان الملازمة الاولى غير المنع لا اولى فعللها بقوله لانه من جنسه اي لان الغير من جنس الفاسق فيجوز قلبه وفيه تقرير آخر لبعضهم بعيد من اللفظ وحاصل هذا ان احكام افراد الجنس المتحد متحدة بحسب الاصل فكل مسلم يتعلق به خطابات الاحكام ما يتعلق بمثله فلما لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية لنفسه علم انه لم يعتبر شرعا فسقه سالبا لاهلية الولاية مطلقا فجاز ثبوتها على غيره لانه كنفسه الا ان ثبوتها على غيره لا تحقق الا برضاه وذلك بتوليته عليه اذا استبد وفقد استولاه ورضي فيثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه كما يصح منه سماعه لاحد شطري ما يعقده من المعاملات لنفسه من غيره ومجرد السماع هو الشرط فيجوز شهادته فيه اي سماعه اما الاداء فيتوقف على فعل غيره وهو اجازة القاضي وانت اذا تاملت هذا الوجه ظهر لك انه لم يرد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهدا فتثبت شهادته لعدم الثاني والوجه السابق من ان اشتراط الشهادة لاظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الوارد هو عليه منتبه لان مجرد احضار الفاسق ليس بتكرمة والحق ان هذا الوجه انما ينفي ما ذكرناه من احضار الفساق حال سكرهم على ما زعم اصحابنا اذا اعتقد بحضرة سكارى يفهمون كلام العاقدين جاز وان كان بحيث لا ينسونه اذا اصحوا وهذا الذي ذكرنا ما من كان في نفسه فاسقا وله مروة وحشمة فان احضاره للشهادة لا ينافيه الوجه المذكور فالحق صحة العقد بحضرة فساق لا في حال فسقهم والله اعلم **قوله** ولانه صلح مقلدا بالكسر اللام وجه ثان ذكره المصنف رحمه الله في صحة شهادة الفاسق في النكاح وهو انه صلح مقلدا اي سلطانا وخليفة

لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة
شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال
وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد

فيسماع مقلدا بفتح اللام اي قاضيا وكذا شاهدا بالواو في نسخ وبالفاء في نسخ فعلى الاول هي ملازمة واحدة حاصلها ان ما صلح للولاية الكبرى التي هي اعم ضررا ونفعا صلح للصغرى التي هي اقل وهي القضاء والشهادة بطريق اولى بيان الاستثنائية المقدرة المستغنى عن اظهارها بالمقدمة لما فانها دالة على وضع المقدم ان الائمة غير الاربعة السابقين ومن بعدهم باحسان كعمر بن عبد العزيز قلما خلا من فسق مع عدم انكار السلف ولايتهم وتصحيح تقليدهم القضاء وغيرهم وعلى الثاني ملازمتان بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وصلاحية الشهادة والاول سبب للثاني في كل منهما فاعترض بانه ذكر في ادب القاضي ان الامر بالعكس حيث قال لا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة واجيب بان قوله فكذا شاهدا عطف على مقلدا بكسر اللام وان تخلل معطوف غيره فهو من قولك جاء زيد وبكر وعمرو عطف على زيد لا بكر وسببيته عنه ظاهرة ولا منافضح وفيه نظر اذ العطف بالفاء يقتضي ترتب كل على ما قبله كما في جاء زيد فعمرو فبكر

فروع في فتاوى النسفي للقاضي ان يبعث الى شافعي ليبطل العقد اذا كان بشهادة الفاسق وللحنفي ان يفعل ذلك على ما نبين في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى وكذا لو كان لغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث الى شافعي وجاء منه بغير محلل لم يقض بالصحة وبطلان النكاح الاول يجوز اذا لم يأخذ القاضي الكاتب ولا المكتوب اليه رشوة وبعد حرمة الوطء السابق ولا خبث ولا شبهة في الولد كذا في الخلاصة ثم قال الامام ظهير الدين المرغيناني لا يجوز الرجوع الى شافعي المذهب في اليمين المضافة اما لو فعلوا فقضى ينفذ قوله

لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم نتيجة لا سماع للكافر على المسلم لكنه عدل في النتيجة الى التشبيه فقال فصار كانهما لم يسمعا كلام المسلم لان مراده من النتيجة نفي السماع المعتبر لا نفي حقيقته واذا انتفى الاعتبار صار كان وجوده كعدمه فصح تشبيه السماع بعدمه على ما هو معنى قوله فصار كانهما لم يسمعا كلام المسلم وتمام هذا الدليل موقوف على ان صغرى القياس منعكسة كنفسها في خصوص هذه المادة لان المطلوب نفي الشهادة لنفي السماع المعتبر فلولا ان الشهادة مجرد الحضور كما يقتضيه ظاهر القدوري وقد ان بين ما قاله السعدي والاسبيجابي لم يتم ونص القدوري وغيره على اشتراط السماع ولانه المقصود بالحضور فلا يجوز بالاصمين على ما هو الاصح وعن اشتراط السماع ما قدمناه في التزوج بالكتاب من انه لا بد من سماع الشهود ما في الكتاب المشتمل على الخطبة بان تقرأه المرأة عليهم او سماعهم العبارة عنه بان تقول ان فلانا كتب الي يخطبني ثم تشهدهم انها زوجته نفسها اما لو لم تزد على الثاني لا يصح على ما قدمناه في الفروع ولقد بعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من زاد النائمين ونص في فتاوى قاضيخان عليه اذا لم يسمعا كلامهما ثم الشرط ان يسمعا معا كلامهما مع الفهم اما الاول فذكر في روضة العلماء انه الاصح وبه اخذ عامة العلماء لانه اذا لم يسمع احد الشهود ثم اعيد على الآخر فسمعه وحده لم يكن الثابت على كل عقد سوى شاهد واحد وعن ابي يوسف ان اتحد المجلس جاز استحسانا والا فلا وعن ابي سماعهما معا واما الثاني فعن محمد لو تزوجها بحضرة هنديين لم يفهما لم يجز وعنه ان امكنهما ان يعبرا سمعا جاز والا فلا وحكى في فتاوى قاضيخان خلافا فيه وجعل الظاهر عدم الجواز قوله ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك اي ملكه عليها لوروده على محل ذي خطر وهو بضع الحرة ليست مملوكة محللا من نبات ادم على وجه يقصرها على نفسه لاستيفاء حاجة منها وهذه من جلائل النعم وهو معنى مناسب لاشتراط احضار السامعين العقلاء اظهارا للتعظيم هذا العقد الشرعي في محفل من المحافل فظهر اثر ذلك بايجاب المال عليه وهو مع ان هلاك المتعة مشترك فعلم ان اشتراط الشهادة لصحة العقد ليس الا لملك كل منهما التمتع بكل ان الاثم يختص بزوجه لا على اعتبار وجوب المهر لها عليه ليكونا شاهدين عليه اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال فيما عهد من تقررات الشرع في نحو ولا على اعتبار ملكها الازدواج المشترك لانه يثبت تبعا لملك البضع ولا يشترط للتوابع ما لا يشترط لها ولا وجب الاشهاد على شراء الامة للوطء فان ملكه من توابع ملك رقبتها واذا كانت الشهادة لثبوت ملكه عليها كانا شاهدين عليها وهي ذمية فيجوز لذميين فلزم اظهار خطر بالنسبة اليها شرعا ولهذا لو كانا ذميين حكم الشرع بصحته حتى لو اسلم بقي على الصحة بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان الشهادة اشترطت في العقد لذلك المعنى والعقد يقوم بهما فلا بد من سماعهما

ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس فيكون الوكيل سفيرا او معبرا فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز

هذا ولا تقبل شهادتهما عليها اذا انكرت لا عليه اذا انكر وعند محمد لا تقبل الا ان يقول كان معنا مسلمان وعنه لا تقبل مطلقا لان اثباتها فعل المسلم ولا يثبت بشهادتهما ولو اسلما ثم اديا تقبل على كل منهما عندهما لان سماعهما كلام المسلم معتبر وامتنع الاداء للكفر وعند محمد لا تقبل لعدم صحة العقد الا اذا قالا معنا مسلمان عند العقد ولو كان الشاهدان ابنيها قبل عليها فقط او ابنيه فعليه فقط او ابنيهما فلا تقبل ان على واحد منهما كما لو كانا اعميين او اخرسين سميعين حيث يصح العقد بهما ولا اداء لهما لعدم البصر والتكلم والعدوان على التفصيل فعدواه يقبلان عليها لا عليه وعدوا ابيه لان عليه لا عليها وعدوهما لا يقبلان مطلقا اما الانعقاد فيثبت بشهادة الاولاد والاعداء كيف كانوا واما الاخوان بان زوج الاب ابنته بشهادة ابنيه فانكر الزوج وادعاه الاب والبنت كبيرة والامرأة فشهدا لا يقبل ولو كان الزوج هو المدعي والمرأة منكرة والاب قبلت هذا قول ابي يوسف وعند محمد تقبل ان كان المدعي الاب او المرأة ايضا والاصل ان كل شيء يدعيه الاب فشهادتهما فيه باطلة وان لم يكن فيه منفعة لشبهة الابوة عند ابي يوسف لثبوت منفعة نفاذ كلامه وقال محمد كل شيء للاب فيه منفعة جحدا وادعى فشهادة ابنيه فيه باطلة وكذا كل شيء وليه ما يكون خصما فيه مثل البيع ونظائره ولم يعتبر منفعة نفاذ القول منفعة ولو كانت البنت صغيرة لا يقبل اتفاقا لانها للاب قال الحاكم ابو الفضل في تفسيره يريد ان الشهادة تبطل في حال ادعائه من طريق التهمة وكذا في جحوده لوقوعها لغير خصم يدعي انتهى وفسر في المبسوط جحوده بان المراد ان عند جحوده ان كان الآخر جاحدا ايضا لا تقبل لعدم الدعوى فاما اذا كان الآخر مدعيا فمقبولة وان كان للاب منفعة فيهما كما اذا شهدوا عليه ببيع ما يساوي مائة بالف والمشتري يدعيه وهذا لان منفعة غير مطلوبة للاب ولا تمنع من قبول شهادتهما وكذا اذا قال لعبده ان كلمك فلان فانت حر فشهد ابنا فلان ان اباهما كلمه جازت عند محمد كان الاب جاحدا او مدعيا وعند ابي يوسف لا يجوز الا ان يكون جاحدا ولو زوج الرجل بنته ثم شهد مع اختها عليها بالرضاع وهي تنكر لا يقبل لانه يشهد على فعل نفسه مطلقا لا تقبل سواء كان ما هو فيه خصم او لا فرع ولو اقرا بالنكاح بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود واختلفوا فيه والاصح انهما ان سميا المهر ينعقد نكاحا مبتدأ كذا في الدراية وقدمنا انهما لو اقرا به ولم يكن بينهما نكاح لا ينعقد الا ان قال الشهود جعلتما هذا نكاحا فقالا نعم ينعقد لان النكاح ينعقد بالجنس ثم قال قاضي خان رح وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان اقرا بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد لا يكون نكاحا وان اقرت انه زوجها وهو انها امرأته يكون نكاحا ويتضمن اقرارهما الانشاء بخلاف اقرارهما بماض فانه كذب وهو كما قال ابو حنيفة اذا قال لامرأة ليست لي امرأة ونوى به الطلاق يقع كانه قال لاني طلقتك ولو قال لم اكن تزوجها ونوى الطلاق لا يقع لانه كذب محض انتهى يعني اذا لم تقل اشهد وجعلتما هذا نكاحا والحق هذا التفصيل وفي فتاوى بعث اقوام للخطبة فزوجها الاب بحضرتهم قيل لا يصح وان قبل عن الشهود الانسان لانه نكاح بغير شهود لان القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا لان التعارف هكذا ان يتكلم واحد ويسكت الباقون والخاطب لا يصير شاهدا وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لانه لا ضرورة في جعل الكل خاطبا فيجعل المتكلم فقط والباقي شهود قوله ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بحضرة رجل واحد جاز النكاح وكذا اذا زوج الاب بنته البالغة بحضرة رجل واحد او امرأتين او وكيل المرأة بحضرتها مع امرأتين جاز النكاح ثم تقبل شهادة المزوج اذا لم يقل انا زوجتها بل يقول هذه زوجته هذا او اعلم صح بحضور الواحد لان الوكيل في النكاح سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل فاذا كان من يعبر عنه حاضرا والفرض ان العبارة تنتقل اليه كان مباشرا لان النكاح العبارة تنتقل اليه وهو في المجلس فليس المباشر سوى هذا بخلاف ما اذا كان غائبا لان انتقال العبارة اليه حال عدم الحضور لا يصير به مباشرا لانه مأخوذ في مفهومه والحضور ضرورة تقتضيه فقرر ثم يدل كلام

فصل في بيان المحرمات قال ولا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات

رجوع الحقوق الى الوكيل ولهذا لو زوج وكيل السيد العبد بحضوره مع آخر لا يصح لان العبارة انما تنتقل الى مفيد الولاية وهو السيد وهو غائب فظهر من هذا التوجيه ان اثر المباشر مع حضوره يجري فيما يتوقف على ثبوت الحاجة الى اعتبار ه فاندفع ما اورد من انه تكلف غير محتاج اليه فان الاب يصلح شاهدا فلا حاجة الى اعتبار ه مباشرا الا في المسألة الاخيرة في الكتاب وهو ما اذا زوج الاب ابنته البالغ بحضرة واحد لانها لا تصلح شاهدة على نفسها فانزلت مباشرة ضرورة التصحيح ولو اذن السيد لعبده او امته في التزوج فعقد بحضرة واحد مع السيد قيل لا يجوز لا انتقال الى السيد لانهما وكيلان عنه والاصح الجواز بناء على منع كونهما وكيلين لان الاذن فك الحجر عنهما فيتصرفان بعده لاهليتهما لا بطريق النيابة وهما ذكر في مسئلة وكيل العبد يظهر ان ثبوت الصحة فيما اذا زوج السيد عبده او امته بحضورهما مع شاهد محل نظر لان مباشرة السيد ليس كذلك بحجر عنهما في التزوج مطلقا والاتصح في مسئلة وكيله وكذا خالف في صحتها المرغيناني قال قال استاذي فيهما روايتان اي في وكيل السيد والسيد **قوله** واذا جحد احد الزوجين النكاح فاما اصله او شرطه ففي اصله لو جحد الزوج فاقامت بينة به او على اقراره قبلت ولا يكون جحوده طلاقا الا ترى ان الطلاق ينقص العدد وبارتفاع اصل النكاح لا ينقص واما انكار الشرط كانكار الشهادة فان كانت هي المنكرة بان قالت تزوجني بلا شهود وقال الزوج بشهود فالنكاح صحيح وان كان هو القائل ذلك فرق بينهما لاقراره بالحرمة على نفسه فيكون كالفرقة من قبله فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول والا فكله ونفقة العدة وهذا بخلاف انكار واصله لان القاضي كذبه في زعمه فلا يبقى زعمه معتبرا وهنا ما كذبه في زعمه بحجة ولكن رجح قولها لمعنى هو ان الشرط تبع وقد اتفقا على الاصل والاتفاق على الاصل اتفاق على التبع فالمنكر له بعد موافقته على الاصل كالراجع عنه فيبقى زعمه معتبرا في حق نفسه ولذا فرق بينهما وكذا لو قال تزوجتها وهي معتدة او مجوسية ثم اسلمت او واختها عندي او ولها زوج او امة بلا اذن لان هذه الموانع كلها في محل العقد والحال في حكم الشروط بخلاف ما لو ادعى احدهما ان النكاح كان في صغره بمباشرته لانه منكر لاصل النكاح معنى اذ كان القول للمنكر منهما هنا فلا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل البلوغ وان دخل بها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل للدخول في نكاح موقوف وان كان الدخول بعد البلوغ فهو رضى بذلك النكاح ولو بعد البلوغ لو اجاز العقد الذي له قبله جاز والتمكين من الدخول اجازة ولو كانت هي القائلة تزوجني وانا معتدة وما بعدها الى آخر الصور التي ذكرناها وهو ينكر فهي امرأته لما قلنا في الشهادة والله سبحانه اعلم شهد شاهد انه تزوجها امس والآخر اليوم فهي باطلة فان النكاح وان كان قولا من شرطه ما هو فعل وهو الحضور فكان كالافعال في الاختلاف واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع القبول ولان كلا شهد بعقد حضره وحده والله اعلم

فصل في نكاح المحرمات المحلية الشرعية من شرائط النكاح وانما افرد هذا الشرط بفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء محلية المرأة للنكاح شرعا باسباب الاول النسب فيحرم على الانسان فروعه وهم بنات اولاده وان سفلن واصوله وهم امهاته وامهات امهاته وآبائه وجداته وان علون وفروع ابويه وان نزلن فتحرم بنات الاخوة والاخوات وبنات اولاد الاخوة والاخوات وان نزلن وفروع اجداده وجداته ببطن واحد فلهذا تحرم العمات والخالات وتحل بنات العمات والاعمام والخالات والاخوال الثاني المصاهرة يحرم بها فروع نسائه المدخول بهن وان نزلن وامهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وان علون وان لم يدخل بالزوجات وتحرم موطوءة آبائه واجداده وان علوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح وموطوآت ابنائه وابناء اولاده وان سفلوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح والثالث الرضاع يحرم كالنسب وسياتي تفصيله في كتاب الرضاع ان شاء الله الرابع الجمع بين المحارم او الاجنبيات كالامة مع الحرة السابقة عليها الخامس حق الغير كالمنكوحة والمعتدة والحامل بثابت النسب السادس عدم الدين السماوي كالمجوسية والمشركة السابع

اذ الام هو الاصل لغة او تثبت حرمتهن بالاجماع **قال** ولا بابنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة **قال** ولا بام امرأته التي دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص

الشافعي كنكاح السيدة والسيدة بعدها **قوله** اذ الام هي الاصل لغة قال الله تعالى وعنده ام الكتاب وسميت مكة ام القرى لان الارض دحيت من تحتها والمراد الجنائث وعلى هذا تثبت حرمة الجدات بموضوع اللفظ وحقيقته لان الام على هذا من قبيل المشكك **قوله** او تثبت حرمتهن بالاجماع اي ان لم يمكن اطلاق الام على الاصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات فالتحقيق ان الام مراد بها الاصل على كل حال اذ ان استعمل في حقيقته فظاهر والا فيجب ان يحكم بارادته مجازا فيدخل الجدات في عموم المجاز والمعرف لارادة ذلك في النص الاجماع على حرمتهن لم يثبت عند المصنف اطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلذا اقتصر في حرمة بنات الاولاد على الاجماع وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال وكذا الاستدلال في البنات فان بنت البنت تسمى بنتا حقيقة باعتبار ان البنت يراد به الفروع فيتناولها النص حقيقة ومجازا عند البعض وقوله عند البعض يريد اذا استعمل في حقيقته ومجازه عند العراقيين فانهم يجوزونه اذا كان في محلين على ما سمعناك من التقرير بينا ولكن مجازا عند الكل ومن الطرق في تحريم الجدات وبنات الاولاد دلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الاخ والاخت فهي الاولى لان العمات بنات اولاد الجدات وهن اقرب اليه وفي الثاني لان بنات الاولاد اقرب من بنات الاخوة **فرعان** الاول البنت الملاعنة بحكم البنت فلو لاعن فنفى القاضي نسبها من الرجل الحقها بالام لا يجوز للرجل ان يتزوجها لانه بسبيل من ان يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه الثاني يحرم على الرجل بنته من الزنى بصريح النص المذكور لانها بنته لغة والخطاب انما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلوة ونحوه فيصير منقولا شرعيا **قوله** لان جهة الاسم عامة اي الجهة التي وضع لها الاسم باعتبارها فاسم الاخ مثلا وضع لاعتبار نسبتها الى الاخرى بالمجاورة في صلب او رحم فالاحسن ان يقال اعتبار حلولهما اخته من صلب او رحم كيلا يقتصر على التوهم وبهذه الجهة تعم المتفرقات فكان حقيقة في الكل بالتواطؤ ويدخل في العمات والخالات بنات الاجداد وان علوا لانهن اخوات الآباء وان علوا وبنات الجدات وان علون لانهن اخوات امهات علويات وفي بنات الاخ والاخت بناتهن وان سفلن **قوله** ولا بام امرأة دخل بابنتها او لم يدخل فاذا كان نكاح البنت صحيحا اما اذا فاسدا فلا تحرم الام الا اذا وطئ بنتها ويدخل في ام امرأته جداتها **قوله** من غير قيد الدخول عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضي الله عنهم والجمهور واليه رجع ابن مسعود رضي الله عنه بناء على ان تقييد المعطوف بصفة او حال كما في الآية فان من نسائكم حال من الربائب لا يوجب تقييد المعطوف عليه لكن يجوز ولا يمتنع ولهذا خالف فيه علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وناهيك بهما علما فجعلا الدخول قيدا في حرمة امهات النساء وتبعهم بشر المريسي ومحمد بن شجاع ووجه البناء على ان الشرط والاستثناء اذا تعقب كلمات منسوقة انصرف الى الكل وان المذكور في الآية ليس شرطا بل صفة ولا يلزم وصف المعطوف عليه بوصف المعطوف ثم يبطل جوازه في هذا الموضع باستلزامه كون الشيء الواحد معمول عاملين وذلك ان النساء المضاف اليه امهات محفوظ الاضافة والجر من بها فلو كان الموصول وهو قوله اللاتي دخلتم بهن صفة لهما لزم ذلك هذا بناء على اعتبار الصفة بمعنى الشرط وابطله في الكشاف بلزوم كون من مستعملا في معنيين مختلفين في اطلاق واحد فهو البيان بالنسبة الى النساء المضاف اليهن امهات والابتداء بالنسبة الى الربائب لانه المناسب فيهما قال الشيخ سعد الدين في حواشيه وما يقال ان الابتداء معنى كلي صادق على جميع معاني من فضرب من التأويل والتشبيه ثم قال نعم قد يستعمل في الاتصال فيتناول اتصال الامهات بالنساء لانهن والدات والربائب لانهن مولودات فيصح جعل من نسائكم متعلقا بالامهات والربائب جميعا حالا منهما وفائدة ايصال الامهات بالنساء بعد اضافتهن اليهن في زيادة قيد الدخول لكن الاتفاق على حرمة امهات النساء مدخولات بهن وغير مدخولات يأبى هذا المعنى فمن هذا جعل متعلقا بربائبكم فقط انتهى ويمكن ان تجعل حالا من النساء المضاف اليهن امهات ومن الربائب لانه قد يستلزم جعل الحال من المضاف اليه وانما جوزه من جوزه بمسوغ من كون المضاف عاملا في الحال او جزء المضاف اليه زاد بعضهم او كالجزء في صحة حذفه والاستغناء عنه بالمضاف اليه نحو ملة ابراهيم حنيفا

سواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامراة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ولا بامراة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطيا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين

قوله سواء كانت في حجره او في حجر غيره هو مذهب الجمهور وشرطه علي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم ثم رجعوا الى قول الجمهور لان قيد الحجر خرج مخرج العادة والغالب اذ الغالب كون البنت مع الام عند زوج الام وهو المراد بالحجر هنا ولولا هذا لثبتت الاباحة عند انتفائه بدلالة اللفظ في غير محل النطق عند من يعتبر مفهوم المخالفة وبالرجوع الى الاصل وهو الاباحة عند من لا يعتبر المفهوم لان الخروج عنه الى التحريم مقيد بقيد فاذا انتفى القيد رجع الى الاصل لا بدلالة اللفظ قوله ولهذا اي ولكونه لم يعتبر قيدا في الحرمة اكتفى في موضع نفي الحرمة بنفي الدخول بقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فخصص في موضع النفي بالذكر علمنا انه المعتبر في اضافة الحرمة والا لقيل فان لم تكونوا دخلتم بهن وليس في حجوركم او قال لم تكونوا دخلتم بهن او ليس في حجوركم جريا على العادة في اضافة نفي الحكم الى نفي تمام العلة المركبة او احد جزئيها الدائر وان صح اضافته الى نفي جزئيها المعين لكنه خلاف المستمر من الاستعمال هذا ويدخل في الحرمة بنات الربيبة والربيب وان سفل لان الاسم يشملهن بخلاف حلائل الابناء والاباء لانه اسم خاص لهن فلذا اجاز التزوج بام زوجة الابن وبنتها وجاز للابن التزوج بام زوجة الاب وبنتها قوله ولا بامراة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء اعلم ان امراة الاب والاجداد تحرم بمجرد العقد عليها والآية المذكورة استدل بها المشائخ صاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بناء على ارادة الوطي بالنكاح فان اريد من حرمة امراة الاب والجد ما يطابقهما من ارادة الوطي قصر عن افادة تمام الحكم المطلوب حيث قال ولا بامراة ابيه وتصدق امراة الاب بعقده والا لم يفد الحكم في ذلك المحل فانما يصح على اعتبار لفظ النكاح في لفظ الآية في معنى مجازي يعم العقد والوطي ولكن النظر في تعينه ويحتاج الى دليل يوجب اعتباره في المجازي وليس لك ان تقول تثبت حرمة للموطوءة بالآية والمعقود عليها بلا وطي بالاجماع لانه اذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له كان مرادا منه بلا شبهة فان الاجماع تابع للنص او القياس عن احدهما يكون ولو كان عن علم ضروري يخلق لهم تثبت بذلك ان ذلك الحكم مراد من كلام الشارع اذا احتمل قوله لقوله تعالى وحلائل ابنائكم ان اعتبر الحلائل من حلول الفراش او حل ان تناوله الموطوءة بملك اليمين وشبهه او زنا فيحرم الكل على الاباء كالحكم الثابت كما تحرم المزني بها ومن ذكرنا للاباء على الابناء ولا يتناول المعقود عليها للابن وبنته وان سفلوا قبل الوطي والغرض انها بمجرد العقد تحرم على الاباء وذلك باعتبار من الحل بكسر الحاء وقد قام الدليل على حرمة المزني بها للابن على الاب بما سنذكره في موضعه فيجب اعتباره في اعم من الحلول والحل ثم يراد بالابناء الفروع فيحرم حليلة الابن السافل على الجد الاعلى وكما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع وذكر الاصلاب في الآية لاسقاط حليلة المتبنى وذكر بعضهم فيه خلافا الشافعي والمنقول عنهم ان ذكر الاصلاب لا لاحلال حليلة المتبنى لاحلال حليلة الابن من الرضاع كمذهبنا فلا خلاف قوله ولا بامه من الرضاعة كل ما ذكرنا انه يحرم من النسب فصل الى هنا يحرم من الرضاع حتى لو ارضعت امراة صبيا حرم عليه وجه زوج الظئر الذي نزل لبنها منه لانها امراة ابيه من الرضاعة ويحرم على زوج الظئر امراة هذا الصبي لانها امراة ابنه من الرضاعة وستستوفي ان شاء الله تعالى في كتاب الرضاع قوله ولا يجمع بين اختين نكاحا اي عقدا ولا بملك اليمين وطيا وهذان تمييزان للنسبة الاضافية والاصل بين نكاح اختين ووطيهما مملوكتين ولا فرق بين كونهما اختين من النسب او الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان ارضعتهما اجنبية فسد نكاحهما وعند الشافعي يفسد نكاح الثانية فقط واستدل بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف بناء على ان التحريم المذكور اول الآية اضيف بواسطة العطف الى الجميع وهو اعم من كونه عقدا او وطيا وعن عثمان رضي الله عنه اباحة وطي المملوكتين قال احلتهما آية وحرمتهما آية يعني بها هذه وقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم فرجح الحل قيل الظاهر ان عثمان رضي الله عنه رجع الى قول الجمهور وان لم يرجع فالاجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وانما يتم اذا لم يعتد بخلاف اهل الظاهر وتقدير عدمه فالمرجح التحريم عند المعارضة والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر الخ غريب وفي الباب احاديث كثيرة

فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطيا ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطيا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدرى ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق

منها ما في الصحيحين عن ام حبيبة قالت يا رسول الله انكح اختي الحديث الى ان قال انها لا تحل لي وحديث ابي داود عن الترمذي عن ابي وهب الجيشاني انه سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن ابيه فيروز الديلمي قال قلت يا رسول الله اني اسلمت وتحتي اختان قال طلق ايتهما شئت قال الترمذي حسن غريب وصححه البيهقي وابن حبان ولفظ ابي داود واختر ايتهما شئت **قوله** فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح خلافا لبعض المالكية وجه قولهم ان المنكوحة موطوءة حكما باعترافكم فيصير بالنكاح جامعا وطيا حكما وهو باطل باعترافكم لانكم عللتم عدم جواز وطئ الامة وان لم يكن وطئ المنكوحة بلزوم الجمع وطيا حكما وقلتم ان حكم وطئ الامة السابق قائم حتى استحب له لو اراد بيعها ان يستبرئها وما قيل حالة صدور العقد لا يكون جامعا وطيا بل بعد تمامه فان ذلك حكمه فيتعقبه ليس بدافع فان صدوره من اهله مضافا الى محله وان كان ليس جمعا في نفسه لكنه يستلزمه حيث كان لكن هو حكمه وهو لازم باطل شرعا وملزوم الباطل باطل فالعقد باطل وقد يوجد في صفحات كلامهم مواضع عللوا المنع فيها بمثله وقد يجاب بان هذا اللازم بيده ازالته فليس لازما على وجه اللزوم فلا يضر بالصحة ويمنع من الوطئ بعد بالقيام اثر ذاك **قوله** ولا يطأ الامة الحاصل انه لا يطأ واحدة منهما بعد العقد حتى يحرم الامة على نفسه بسبب كبيع للكل او البعض والهبة مع التسليم والاعتاق او بالكتابة والتزويج وعن ابي يوسف رحمه الله لا تحل المنكوحة بالكتابة وعنه لو ملك فرجها غيره لا تحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعده وطئها لاحتمال كونها حاملا منه فعلى هذا لو حاضت بعد الوطئ قبل التمليك حلت المملوكة بمجرد التمليك ووجه الظاهر ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود ومن هنا قال الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله تحل المنكوحة قبل تحريم المرقوقة بسبب لان حرمة وطئها قد ثبتت بمجرد العقد فلا حاجة الى اشتراط التحريم بسبب آخر واجيبوا بان حكم الوطئ المرقوقة قائم حتى لو اراد بيعها استحب له ان يستبرئها فبالوطئ يكون جامعا وطيا حكما واطلاق الآية يمنعه هذا كلامهم وهو مصرح بما قدمناه آنفا وهذا اذا كان النكاح صحيحا بخلاف الفاسد الا اذا دخل بالمنكوحة فيوجب تحريم الموطوءة لوجود الجمع حقيقة لانه وطئ معتبر تترتب الاحكام عليه **قوله** لان المرقوقة ليست موطوءة حكما لان ملك اليمين لم يوضع للوطئ بخلاف النكاح ولهذا لا يثبت نسب ولدها الا بدعوة **فرع** لو اشترى اختين ليس له وطئهما فان وطئ احدهما او لمسها بشهوة لم يحل له وطئ الاخرى حتى يحرم الاخرى بسببه ولو وطئهما اثم ثم لا تحل له وطئ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب فلو باع احدهما او وهبها او زوجها ثم ردت المبيعة او رجع في الهبة او طلقت المنكوحة او انقضت عدتها لم يحل وطئ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب كما كان اولا **قوله** فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدرى ايتهما الاولى فرق بينه وبينهما هذا التفريع على حرمة الجمع وقيد بعقدتين اذ لو كانا في عقدة بطلا يقينا وبعدم علم الاولية اذ لو علم صح النكاح الاول وبطل الثاني ولا يطأ الاولى الا ان يطأ الثانية فتحرم الاولى الى انقضاء عدة الثانية كما لو وطئ اخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة وفي الدراية عن الكامل لو زنى باحد الاختين لا يقرب الاخرى حتى تحيض الاخرى حيضة وهذا مشكل والله سبحانه اعلم **قوله** ولا وجه للتعيين لعدم الاولوية طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا طلق احدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل واجيب بامكانه هناك لا هنا لان نكاحهن كان متيقن الثبوت فلان يدعي نكاح من شاء بعينه منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها فدعواه تمسك بما لم يتحقق ثبوته **قوله** ولا الى التنفيذ مع التجهيل اي تنفيذ نكاحهما مع جهل المحللة منهما لانه تنفيذ الجمع بين الاختين او تنفيذ نكاح احديهما مع تجهيلها بان ينفذ لاحد الدائر بينهما لعدم الفائدة وهو حل الاستمتاع اذ لا يقع الا في معينة ولا حل في المعينة او للضرر عليه بالزامه النفقة وسائر الواجبات مع عدم حصول المقصود وعليها بصيرورتها معلقة لا ذات بعل في حق الوطئ ولا مطلقة والنظر الاولى لو وقع تعيينه لغيرها وهي الصحيحة والثانية لو وقعها

ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فينصرف اليهما وقيل لابد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى او الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة

في الوطء الحرام وفي هذا النظر اذ لا ضرر عليهما في الدنيا وهو ظاهر ولا في الآخرة لعدم تعمدهما المناط للاثم ولو قال للضرر بالواو كان اولى لان كلا منهما لازم للتنفيذ مع التجهيل فتعين التفريق والظاهر انه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك فان وقع قبل الدخول فله ان يتزوج ايتهما شاء في الحال او بعده بها فليس له بأي واحدة منهما شاء حتى تنقضي عدتهما وان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله تزوج التي لم تنقض عدتها دون الاخرى كيلا يصير جامعا وان بعده باحدهما فله ان يتزوجها في الحال دون الاخرى فان عدتها تمنع من تزوج اختها قوله ولهما نصف المهر المسمى لهما بناء على ان التفريق قبل الدخول مع تساوي مهريهما جنسا وقدرا وسواء برهنت كل على انها سابقة او ادعته فقط اما لو قالت لا ادري السابقة منا لم تقض لشيء فلو كان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهرها كاملا وفي النكاح الفاسد يقضي بمهر كامل وعقر كامل ويجب حمله على ما اذا اتحد المسمى لهما قدرا وجنسا اما اذا اختلف فيتعذر ايجاب عقر وليست احداهما اولى بجعلها ذات العقر من الاخرى لانه فرع الحكم بانها الموطوءة في النكاح الفاسد هذا مع ان الفاسد ليس حكم الوطء فيه اذا سمي فيه العقر بل الاقل من المسمى ومهر المثل ولو اختلفا جنسا وقدرا يقضى لكل بربع مهرها وان لم يكن في العقد تسمية تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر وكل هذه الاحكام المذكورة بين الاختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم والتقييد المذكور لقوله وقيل لابد من دعوى كل واحدة منهما اي دعواها انها الاولى او يصطلحان بان يقولا نصف المهر لنا عليه لا يعدونا فنصطلح على اخذه وذكر المشايخ ان هذا يتفرع بقول ابي يوسف انه لا شيء لهما بالجهالة المقضي لها فهو كما لو قال لاجنبيين عندي الف لا يقضى لشيء للجهالة المقضي له وعن محمد ان عليه مهرا كاملا بينهما نصفان لان الزوج اقر بجواز نكاح احداهما فيجب مهر كامل وجوابه انه يستلزم ايجاب القضاء بما تحقق عدم لزومه فان الايجاب كما له حكم الموت او الدخول قوله ولا يجمع بين امرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها تكرار لغير داع الا ان يكون المبالغة في نفي الجمع بخلاف ما في الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي وذلك لانه يتوهم فانه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمتها او خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الاخ والاخت عليهما دون ادخالهما على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة قال صلى الله عليه وسلم الخالة بمنزلة الام في الصحيحين ولهذا منعه حرمة نكاح الامة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك بخلاف المذكور في الكتاب فانه لم يذكره الا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك الوهم وهذا ظاهر وغير هذا الحديث الذي ورد بلفظ الجمع لم يرد فيه على قوله لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها انتهى في الصحيح قوله وهذا مشهور اعني الحديث المذكور ثابت في صحيحي مسلم وابن حبان ورواه ابو داود والترمذي والنسائي وتلقاه الصدر الاول بالقبول من الصحابة والتابعين ورواه الجم الغفير منهم ابو هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وابو سعيد الخدري فيجوز الزيادة به على الكتاب يعني بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم لا الزيادة المصطلحة من تقييد المطلق مع ان العموم المذكور مخصوص بالمشركة والمجوسية وبناته من الرضاعة فلو كان من اخبار الاحاد جاز التخصيص به ايضا غير متوقف على كونه مشهورا والظاهر انه لابد من اعتبار الشهرة لان الحديث بموقعه النسخ لا التخصيص لان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات ناسخ لعموم قوله واحل لكم اذا لم يتقدم لزم نسخها بالآية فيلزم حل المشركات وهو منتف او تكرار النسخ وحاصله خلاف الاصل بيان الملازمة انه يكون السابق حرمة المشركات ثم نسخ بالعام وهو احل لكم ما وراء ذلكم يجب تقديره ناسخ آخر لان الثابت الآن الحرمة قوله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى تقي بعد ذكر ذلك الفرع باصل كلي يتخرج عليه هو وغيره كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين وذلك ان يتزوج كل من رجلين ام الآخر فيولد لكل منهما بنت فتكون كل من البنتين عمة الاخرى او يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة الاخرى فيمتنع الجمع بينهما والدليل على اعتبار

والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع تحرم لما روينا من
قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز
لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج
بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وبنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور

الاصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله فانهم اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم وروى ابو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة فاوجب تعدي الحكم المذكور وهو حرمة الجمع الى كل قرابة يفترض وصلها وهي ما تضمنه
الاصل المذكور وبه تثبت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان البتي على ما نقل عنه وداود الظاهري في اباحة الجمع بين غير الاختين وقد روي في خصوص ابنتي العمتين
والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كره ان يجمع بين العمة والخالة وبين العمتين
والخالتين وان تكلم في خصيف فالوجه قائم بغيره وهذا مؤيد قوله والقرابة المحرمة للنكاح اي بمقتضى آية المحرمات محرمة للقطع على اسم الفاعل فيها وفي الجمع
القطع فلا يحل وفي بعض النسخ محرمة للقطع على اسم المفعول في الثاني اي انما حرمت للقطع فانه عادة يقع التشاجر بين الزوجتين فيفضي الى القطيعة
فلذلك حرمت تلك القرابات المنصوص عليهن في الآية اعني حرمت عليكم امهاتكم الى آخرها على الرجل وان كان في بعضها غير ذلك ايضا كما فات لاحترام الزوج
للامهات والعمات والخالات بالافتراش فيكون اندراجه في القطيعة ولا شك ان الجمع افضى اليه لاكثرية المضارة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع اولى من حرمة الا
قوله ولو كانت المحرمية بينهما اي بين المرأتين بسبب الرضاع لا يحل الجمع لما روينا من قبل وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
فلا يجوز ان يجمع بين الاختين من الرضاع او امرأة وابنة اخيها من الرضاع لانها عمتها او امرأة وابنة اختها من الرضاع لانها خالتها من الرضاع قوله لا
لا قرابة بينهما ولا رضاع يعني ان الموجب لاعتبار ذلك الاصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكرا حرم عليه الاخرى هو قيام القرابة المفترض وصلها و
او الرضاع المفترض وصل متعلقه واحترامه حتى لا يجوز ان يجمع بين اختين من الرضاع او عمة او خالة وابنة اخ او اخت من الرضاع وكذا كل محرميته
بسبب الرضاع وكلاهما منتف في الربيبة وزوجة الاب فكان تحريم الجمع بينهما قولا بلا دليل وهذه اعني مسئلة الجمع بين الربيبة وزوجة ابيها مما اتفق عليه الائمة
الاربعة وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة علي وبنته ولم ينكر عليه احد من اهل زمانه وهم الصحابة والتابعون وهو دليل ظاهر على الجواز اخرجه
الدارقطني عن قثم مولى ابن عباس قال تزوج عبد الله بن جعفر بنت علي وامرأة علي رض وذكره البخاري تعليقا قال وجمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي وامرأته وتعليقاته
صحيحة قال ابن سيرين وكرهه الحسن مرة ثم قال لا بأس به وقد صح عن مسافر انه لا بأس ان يتزوج الرجل امرأة ويتزوج ابنه امها او بنتها لانه لا مانع وقد تزوج محمد ابن الحنفية
الرجل امرأة وزوج ابنه بنتها قوله ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وان علت فيدخل الجدات بناء على ما قدمه ان الام هي الاصل لغة وابنتها وان سفلت
وكذا تحريم المزني بها على اباء الزاني واجداده وان علوا وابنائه وان سفلوا هذا اذا لم يفضها الزاني فان افضاها لا تثبت هذه الحرمات لعدم تيقن كونه في الفرج
الا اذا حبلت وعلم كونه منه وعن ابي يوسف اكره له الام والبنت وقال محمد التنزه احب الي ولكن لا افرق بينه وبين امها وقد يقال اذا كان المس بشهوة
تنتشر بها الآلة يوجب القول بالتحريم اذا افضاها ان لم ينزل وان انزل فعلى الخلاف الآتي وان انتشر معه او زاد انتشاره كما في غيره والجواب ان العلة
هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس الا لكونه سببا لهذا الوطء ولم يتحقق في صورة الافضاء ذلك اذ لم يتحقق كونه في القبل ولا بد من كونها
مشتهاة حالا او ماضيا وعن ابي يوسف اذا وطئ صغيرة لا تشتهى تثبت الحرمة قياسا على العجوز المشتهاة ولهما ان العلة وطء سبب للولد وهو منتف في الصغيرة
التي لا تشتهى بخلاف الكبيرة لجواز وقوعه لابراهيم وزكريا عليهما السلام وله ان يقول الامكان العقلي ثابت فيهما والعادي منتف عنهما فتساويا وما تم حصته بالجواب
على خلاف العادة لا توجب ان الثبوت العادي ولا يخرجان العادة عن النفي ولا يتعلق بالوطء في الدبر حرمة خلافا لما عن الاوزاعي واحمد ووجهه ما تقدم
المذكور وبقولنا قال مالك في رواية واحمد خلافا للشافعي ومالك في اخرى وقولنا قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الاصح وعمران بن حصين وجابر

ولنا ان الوطى سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطى محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا

وابى وعائشة وجمهور التابعين كالبصري والشعبي والنخعي والاوزاعي وطاوس وعطاء ومجاهد وعطاء وسعيد بن المسيب وسليمن بن يسار وحماد والثوري واسحق بن راهويه ولو ولدت منه بنتا بان زنى ببكر وامسكها حتى ولدت بنتا حرمت عليه هذه البنت لانها بنته حقيقة وان لم ترثه ولم تجب نفقتها عليه ولم تصر امهاتها امهات اولاد وقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش فان المراد الولد الذي تترتب عليه احكام الشرع الا ان حكم الحرمة عارضنا فيه قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والمخلوقة من مائه بنته حقيقة لغة ولم يثبت نقل في اسم البنت والولد شرعا والاتفاق على حرمة الابن من الرق على ابيه فعلمنا ان حكم الحرمة مما اعتبر فيه جهة الحقيقة ثم هو الجاري على المعهود من الاحتياط في امر الفروج وبحرمة البنت من الزنى قال مالك في المشهور واحمد خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف اخته من الزنى وبنت اخيه او ابنه منه بان زنى ابوه او اخوه او اخته او ابنه فاولدوا بنتا فانها تحرم على الاخ والعم والخال والجد وقوله ظاهر من الكتاب قوله ولنا ان الوطى سبب الحرمة اعلم بان الدليل يتم بان يقال هو وطى سبب للولد فيتعلق به التحريم قياسا على الوطى الحلال بناء على الغاء وصف الحل في المناط وهو يعتبره فهذا منشاء الافتراق ونحن نبين الغاءه شرعا بان وطى الامة المشتركة وجارية الابن والمكاتبة والمظاهر منها والامة المجوسية والحائض والنفساء ووطى المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة فعلم ان المعتبر هو الاصل هو ذات الوطى من غير نظر لكونه حلالا او حراما وما رواه من قوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحرام غير مجرى على ظاهره ارايت لو بال او صب خمرا في ماء قليل مملوك لم يكن حراما مع انه يحرم استعماله فيجب كون المراد ان الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراما ونحن نقول بموجبه اذا لم نقل باثبات الزنى حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطئا هذا لو صح الحديث لكن حديث ابن عباس ضعيف بعثمن بن عبد الرحمن الوقاصي على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب وقال البخاري والنسائي وابو داؤد وليس بشئ وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال في اسناده اسحق بن ابي فروة وهو متروك وحديث عائشة ضعيف بانه من كلام بعض قضاة العراق قال الامام احمد وقيل من كلام ابن عباس وخالفه كبار الصحابة وقد استدل بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء بناء على ان المراد بالنكاح الوطى اما لانه الحقيقة اللغوية او مجاز يجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا وانما الفاحشة الوطى لا نفس العقد ويمكن منع هذا بل نفس نفظ الذي وصفه الشارع لاستباحة الفروج اذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء اي المعقود عليهن لهم بعد ما جعله الله سبحانه قبيح وقدمنا المعا احتبار الآية دليلا على تحريم المعقود عليها للاب وقد روى اصحابنا احاديث فيه منها قال رجل يا رسول الله انى زنيت بامراة في الجاهلية افانكح ابنتها قال لا ارى ذلك ولا يصلح ان تنكح امراة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها وهو مرسل منقطع وفيه ابو بكر بن عبد الرحمن بن ابنة حكيم ومن طريق ابن وهب عن ابي يوسف عن ابن جريج ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يتزوج المراة فيغمزها لا يزيد على ابتهاد وهو مرسل ومنقطع الا ان هذا لا يقدح عندنا اذا كانت الرجال ثقات فالحاصل ان المنقولات تكافات وقوله نعمة فلا تنال بالمحظور مغالطة فان النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لانه تضييق ولذا اتسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الله سبحانه بل من حيث هو يترتب على المصاهرة وحقيقة النعمة هي المصاهرة لانها هي التي تصير الاجنبي قريبا عضدا وساعدا يهمه ما اهمك ولا مصاهرة بالزنا فالصهر زوج البنت مثلا لا من زنى ببنت الانسان فانتفى الصهرية وفايدتها ايضا اذ الانسان ينفر عن الزنى ببنته فلا يتعرف به بل يعاديه فانا تنتفع به فالمرجع القياس وقد بينا فيه الغاء وصف زايد على كونه وطا وظهر ان حديث الجزئية واضافة الولد الى كل منهما كملا لا يحتاج اليه في تمام الدليل الا ان الشيخ ره ذكره بيانا لحكمة العلة يعني ان الحكمة في وجوب الحرمة بهذا الوطى كونه سببا للجزئية بواسطة الولد المضاف الى كل منهما كملا وهو ان الفصل فلا بد من اختلاطها ولا يخفى ان لا احتياط

ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها

يحتاج تحققه الى الولد والا لم تثبت الحرمة بوطء غير معلق او الواقع خلافه فتضمنت جزءه والاستمتاع بالجزء حرام لقوله صلى الله عليه وسلم ناكح اليد ملعون الا في موضع الضرورة وهي المنكوحة والا استلزم البقاء تحرزا عما عظيما تضيق عنه الاموال والنساء واذا تضمنت جزءه صارت امهاتها كامهاته وبناتها كبناته فيحرمن عليه كما تحرم امهاته وبناته حقيقة ونقول هو لا وجه له ان بالانفصال لا تنقطع نسبة الجزئية وهي المدار وعند عدم العلوق غاية ما يلزم كون المظنة خالية عن الحكمة وذلك لا يمنع التعليل كالملك المرفه قوله ومن مسته امرأة بشهوة اي بدون حائل او بحائل رقيق يصيب حرارة البدن الى اليد وقيل المدار وجود الحجم وفي مس الشعر روايتان ونقل فيه اختلاف المشايخ ومسه امرأة كذلك ويشترط كونها مشتهاة حالا او ماضيا فلو مس عجوزا بشهوة او جامعها تثبت الحرمة وكذا اذا كانت صغيرة تشتهى قال ابن الفضل بنت تسع مشتهاة من غير تفصيل وبنت خمس فما دونها لا بلا تفصيل وبنت ثمان وسبع او ست ان كانت عبلة كانت مشتهاة والا فلا وكذا يشترط في الذكر حتى لو جامع ابن اربع سنين زوجة ابيه لا تثبت به حرمة المصاهرة وهذا اوما بعدنا من قريب ولا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامدا او ناسيا او مكرها او مخطئا حتى لو ايقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده الى بنت منها فقرصها بشهوة وهي ممن تشتهى يظن انها امها حرمت عليه الام حرمة مؤبدة ولك ان تصورها من جانبها بان ايقظته هي كذلك فقرصت ابنها منه وقوله بشهوة في موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس فلو مس بغير شهوة ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه وما ذكر في حد الشهوة من ان الصحيح ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو قول السرخسي رح وشيخ الاسلام وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى ان يميل قلبه ويشتهي جماعها وفرع عليه ما لو انتشر فطلب امرأته فاولج بين فخذي بنتها خطأ لا تحرم عليه الام ما لم يزدد الانتشار ثم هذا الحد في حق الشاب اما الشيخ والعنين فحدهما تحرك قلبه او زيادة تحركه ان كان متحركا لا مجرد ميلان النفس فانه يوجد فيمن لا شهوة له اصلا كالشيخ الفاني والمراهق كالبالغ حتى لو مس واقر انه بشهوة تثبت الحرمة عليه وكان ابن مقاتل لا يفتي بالحرمة على هذين لانه لا يعتبر الا تحرك الآلة ثم وجود الشهوة من احدهما كاف ولم يحدوا الحد المحرم منها في حق الحرمة واقله تحرك القلب على وجه يشوش الخاطر هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بان يصدقها ويقع في اكبر رأيه صدقها وعلى هذا ينبغي ان يقال في مسه اياها لا تحرم على ابيه وابنه الا ان يصدقاه او يغلب على ظنهما صدقه ثم رأيت عن ابي يوسف انه ذكر في الامالي ما يفيد ذلك قال امرأة قبلت ابن زوجها وقالت كان عن شهوة ان كذبها الزوج لا يفرق بينهما ولو صدقها وقعت الفرقة ووجب نصف المهر ان كان قبل الدخول ويرجع به على الاب ان تعمد الفساد ولو وطئها الابن حتى وقعت الفرقة ووجب نصف المهر لا يرجع على الابن لانه وجب الحد بهذا الوطء فلا يجب المهر وتقبل الشهادة على الاقرار باللمس والتقبيل بشهوة ولو اقر بالتقبيل وانكر الشهوة ولم يكن انتشار في بيوع الاصل والمنتقى يصدق وفي مجموع النوازل لا يصدق لو قبلها على الفم قال صاحب الخلاصة وبه كان يفتي الامام خالي وقال القاضي الامام يصدق في جميع المواضع حتى رأيته افتى في المرأة اذا اخذت ذكر الختن في الخصومة فقالت كان عن غير شهوة انها تصدق انتهى ولا اشكال في هذا فان وقوعه في حالة الخصومة ظاهر في عدم الشهوة بخلاف ما اذا قبلها منتشرا فانه لا يصدق في دعوى عدم الشهوة والحاصل انه اذا اقر بالنظر وانكر الشهوة صدق بلا خلاف وفي المباشرة اذا قال بلا شهوة لا يصدق بلا خلاف فيما اعلم وفي التقبيل اذا انكر الشهوة اختلف فيه قيل يصدق لانه لا يكون عن شهوة غالبا الا ان يظهر خلافه بالانتشار ونحوه وقيل يقبل وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجبهة والخد فيصدق او على الفم فلا والارجح هذا الا ان الخد يرى الحاقه بالفم ويحمل ما في الجامع في باب قبول ما يقام عليه البينة ان هذا المدعي تزوج امها او قبلها او لمسها بشهوة على ان قوله بشهوة قيد في اللمس والقبلة بناء على ارادة القبلة على الفم ونحوه او في اللمس

وقال الشافعي لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة
له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال
فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم ان المس
بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا
عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل انه يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض
الى الوطي وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها

فقبلها ان ارى غير الفم ونحوه والحاصل ان الدعوى اذا وافقت الظاهر قبلت والا ردت فيرى الظهور وفي المحيط لو كان لرجل جارية فقال وطئتها
لا تحل لابنه وان كانت في غير ملكه تحل لابنه ان يكذبه لان الظاهر يشهد له قوله وقال الشافعي رح لا تحرم قيل عليه ان ثبوت خلافه مستفاد من المسألة السابق
بطريق اولى فلا حاجة الى نقله مرة اخرى اجيب بان المس المتكلم فيه مفروض في الحلال وان كان لا تفاوت عندنا بين المس الحلال والحرام وثبوت خلاف
في المس الحلال لا يوقف عليه بالسابقة ورد لا بد من فرض كون المحسوس منسوبة على ما في شرح المجمع حيث قال المراد بالمرأة المنظور اليها يعني التي فيها خلاف
الشافعي الام لا بنتها لانه اما ان يراد المنكوحة او الاجنبية او الامة لا سبيل الى الاول لان ام المنكوحة حرمت بالعقد وبنتها بالنظر والمس لان حرمتها جميعا
بالنظر والمس فلا يستقيم في المنكوحة الا لافادة تحريم الربيبة دون الام ولا سبيل الى الاجنبية لان الدخول بها لا يوجب حرمة المصاهرة عند الشافعي
قوله والمعتبر النظر الى الفرج الداخل وعن ابي يوسف النظر الى منابت الشعر محرم وقال محمد ينظر الى الشق وجه ظاهر الرواية ان هذا الحكم تعلق بالفرج
والداخل فرج من كل وجه والخارج فرج من وجه وان الاحتراز عن النظر الى الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره انتهى ولقائل ان يمنع الثاني
ويقول في الاول قد تقدم للمصنف في فصل الغسل من اول الكتاب ما اذا نقل نظيره الى هنا كان هذا التعليل موجبا للحرمة بالنظر الى الخارج وهو قوله
ولنا انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب والموضع الذي نحن فيه موضع الاحتياط وقد يجاب بان نفس الحكم هو التحريم بالمس بشهوة بالاحتياط
فلا يجب الاحتياط في الاحتياط فروع النظر من وراء الزجاج الى الفرج محرم بخلاف النظر في المرآة ولو كانت في الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه تثبت
الحرمة ولو كان على الشط فنظر في الماء فرأى فرجها لا يحرم كان العلة والله اعلم ان المرئي في المرآة مثاله لا هو وبهذا عللوا الحنث فيما اذا حلف
لا ينظر الى وجه فلان فنظره في المرآة والماء وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئي بخلاف المرآة ومن الماء وهذا ينفي
كون الابصار من المرآة والماء بواسطة انعكاس الاشعة والا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيهما بخلاف المرئي في الماء لان البصر ينفذ فيه اذا كان صافيا
فيرى نفس ما فيه وان كان لا يراه على الوجه الذي هو عليه ولهذا كان له الخيار اذا اشترى سمكة رآها في الماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة وتحقيق سبب اختلاف المرئي فيه في فن آخر
ثم شرط الحرمة بالنظر او المس ان لا ينزل فان انزل فقال الاوزجندي حيث ثبت ان بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة والانزال لا يوجب رفعها بعد الثبوت والمختار
لا تثبت كقول المصنف وشمس الائمة والبزدوي بناء على ان الامر موقوف حال المس الى ظهور عاقبته ان ظهر انه لم ينزل حرمت والا لا والاستدلال واضح في الكتاب
الا ان اقامته مقامه اذ انيط الحكم بالسبب انما يكون لخفاء المسبب والا فهو تعليق بغير المناط لغير حاجة والاولى ادعاء كون المناط شرعا نفس الاستمتاع بمحل الولد للنظر
واللمس نظرا الى ان الآثار جاءت بالحرمة في اللمس ونحوه وقد روي في الغاية السمعانية حديث ام هانئ عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من نظر الى فرج امرأة
بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وفي الحديث ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها وعن عمر رضي انه جرد جارية ونظر اليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال اما
انها لا تحل لك فهذا ان تم كان دليل ابي يوسف في كون النظر الى منابت الشعر كافيا وعن ابن عمر قال اذا جامع الرجل المرأة او قبلها او لمسها بشهوة
او نظر الى فرجها بشهوة حرمت على ابيه وابنه وحرمت عليه امها وابنتها وعن مسروق انه قال بيعوا جاريتي هذه اما انني لم اصب منها الا ما يحرمها على ولدي من اللمس
والقبلة قوله لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وفي المبسوط لا تتزوج المرأة في عدة اختها من نكاح فاسد وجائز عن طلاق بائن قال الشافعي رح
ان كانت العدة عن طلاق بائن جاز وعلى هذا الخلاف تزوج اربع سوى المعتدة عن بائن وبقولنا قال احمد وهو قول علي وابن مسعود وابن
عباس وبقوله قال مالك وهو قول زيد بن ثابت والقاسم بن محمد وعروة وسليمان بن يسار وعن زيد قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والثوري والنخعي وروى شعبة عن زيد بن ثابت مثلنا الا ان ابا يوسف ذكر في الامالي

حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رح ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا

بمجموع زيد رض عن هذا القول وكذا ذكره الطحاوي رح حكى ان مروان شاور الصحابة رض في هذا واتفقوا على التفريق بينهما وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم وقال عبيدة ما اجتمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الاخت في عدة الاخت والمحافظة على اربع قبل الظهر ثم ان محل النزاع تجاذبه اصلان الطلاق الرجعي وما بعد انقضاء العدة فقاس البائن على الثاني بجامع انقطاع النكاح اعمالا للقاطع وهو الطلاق البائن بدليل على انقطاعه انه لو وطيها عالما بالحرمة حد وقسنا على الاول بجامع قيام النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية وهذا لانه ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة والزوجية فضلا عن حالة وقوع الطلاق الرجعي الا قيام احكامه الا ان لفظ تزوجت وزوجت تلاشا بمجرد انقضائه فقيامه بعده ليس الا قيام حكمه الراجع الى الاختصاص استمتاعا وامساكا وقد بقي الامساك والفراش في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فبقي النكاح من وجه واذا كان قائما من وجه حرم تزوج اختها واربع سواها من وجه فيحرم مطلقا الحاقا بالرجعي او بما لا يخفى من الاصول التي اجتمع فيها جهتا تحريم واباحة مع وجوب الاحتياط في امر الفروج ويخص تزوج الاخت في عدة الاخت دلالة النص المانع من الجمع بين الاختين فانه علل فيه بالقطيعة وهي هنا اظهر والزم فان مواصلة اختها في حال حبسها بلا استمتاع اغيظ لها من مواصلتها مع مشاركتها في المتعة والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع فان الحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره ففيه دليل على انه لو ادعاه يثبت نسبه ويستلزم ان الوطي في عدة الثلث ليس زنا مستعقبا لوجوب الحد والا لم يثبت نسبه فكان ذلك رواية في عدم الحد وان سلم كما في عبارة كتاب الحدود فغايته ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما ستسمعه وانما قلنا اثر النكاح قائم من وجه وبه تحرم الاخت من وجه وبه تحرم مطلقا وفي المجتبى جواز نكاح الاخت في عدة الاخت يؤدي الى جمع مائه في رحم اختين لجواز العلوق بعد النكاح ويثبت في المعتدة النسب الى سنتين وهو ممتنع بالحديث انتهى يعني قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين ومثله لو علقت المطلقة قبل الطلاق ثم دخل باختها بعده يلزم ما ذكر ايضا فرع على الاول اذا اخبر المطلق عن المطلقة انها اخبرته ان عدتها انقضت فان لم تحتمل المدة اولا لا يصح نكاحه اختها في الثاني لانه لا يقبل قولها ولا قوله الا ان يفسره بما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق وفي الاول فيصح نكاح اختها سواء سكتت المخبر عنها او صدقته او كذبته او كانت غائبة وقال زفر اذا كذبته لا يصح نكاح اختها لانها امينة وقد قبل تكذيبها حتى استمرت نفقتها وثبت نسب ولدها اذا اتت به ومن ضرورة ثبوت النسب والنفقة الفراش لقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح ولنا انه اخبر عن امر ديني بينه وبين الله تعالى هو مؤتمن فيه فيجب قبوله في الحال وتكذيبها لا ينفع الا في حقها فعملنا ببقاء النفقة بخلاف نكاح الاخت لا حق لها فيه لا تقبل فيه فلا تقبل فيه ولا يستلزم الحكم بالنفقة الحكم بقيام العدة والفراش كالاختين المملوكتين بخلاف ما اذا ولدت فان من ضرورة القضاء بثبته الحكم باستناد العلوق الى ما يتيقن تكذيبه ثم قال في الاصل هنا ان مات لم ترثه وكان الميراث للاخرى وذكر في كتاب الطلاق الميراث للاولى دون الاخرى ولكن وضع المسئلة فيما اذا كان مريضا حين قال اخبرتني ان عدتها انقضت وكذبته وانما تحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث اذا كان الطلاق رجعيا فاما البائن وهو في الصحة فلا ميراث للاولى وان لم يخبر الزوج بها وفي كتاب الطلاق لما وضع المسئلة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في ابطال حقها لانه نفعها وهنا وضعها في الصحيح ولا حق لها في ماله وكان قوله مقبولا في ابطال ارثها وصح ان يقبوله ذلك اخبر ان الواقع صار بائنا فكانه ابانها في صحته فلا ميراث لها ولو ابانها في مرضه كان لها الميراث وقيل هذا قول ابي حنيفة لان عندهما يجوز جعل الرجعي بائنا خلافا لمحمد ومتى كان الميراث للاولى فلا ميراث

ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين
والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى
والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اى العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين ان شاء الله

للثانية الثاني لو اعتق ام ولده لم يحل له تزوج اختها حتى تنقضي عدتها ويحل له اربع سواها عنده وعندهما تحل الاخت ايضا قياسا على تزوج الآخر
ولان حقيقة الملك لما لم تمنع فكيف بالعدة وانما هي اثره وابو حنيفة رحمه الله يفرق لضعف الفراش قبل العتق وقوته بعده الا ترى انه كان يمكن من تزوجها قبله
لا بعده فلو تزوج حتى تنقضي فلو تزوج اختها بعد العتق كان مستلحقا النسب لدى اختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الاربع سواها او غايته انه جمع بين
فرش الخمس الثالث لو تزوج المرتدة اذا لحقت بدار الحرب تزوج اختها قبل انقضاء عدتها كما لو ماتت لانه لا عدة عليها من المسلم للتباين فان عادت مسلمة فما بعد
تزوج الاخت او قبله ففي الاول لا يفسد نكاح الاخت لعدم عود العدة وعند ابي يوسف تعود العدة وفي ابطال نكاح اختها عنه روايتان وفي الثاني لذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
لان العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد وعندهما ليس له تزوج الاخت وعودها مسلمة يصير شرعا لحاقها كالغيبة الا ترى انه يعاد اليها مالها فتعود معتدة قوله

ولا يتزوج المولى امته ولو ملك بعضها ولا المرأة عبدها وان لم يملك سوى سهم واحد منه وقد حكى في شرح الكنز الاجماع على البطلان وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية

قوله لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين اي في الملك عنها ما يختص هي بملكه كالنفقة والسكنى والقسم والمنع من العزل الا باذن ومنها
ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين والقرار في المنزل والتحصن عن غيره ومنها ما يكون الملك في كل منهما مشتركا كالاستمتاع مجامعة ومباشرة والولد حق
الاضافة والمملوكية تنافي المالكية فقد نافت لازم عقد النكاح ومنافي اللازم منافي للملزوم ولا وجه اذا تامل بعد هذا التقرير للسؤال القائل
يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح لان الغرض ان لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من ملك الامور على الخصوص والرق يمنعه
من غير النفقة فنافاه ولو اشترت زوجها او شيئا منه فسد النكاح ويسقط المهر كما لو دائن عبدا ثم اشتراه سقط الدين لانه لا يثبت للمولى على عبده دين
ويجوز تزوج الكتابيات والاولى ان لا يفعل ولا ياكل ذبيحتهم الا للضرورة وتكره الكتابية الحربية اجماعا لانفتاح باب الفتنة من امكان التعلق المستدعي
للمقام معها في دار الحرب وتعريض الولد على التخلق باخلاق اهل الكفر وعلى الرق بان تسبى وهي حبلى فيولد رقيقا وان كان مسلما والكتابي من يقر بنبي
ويؤمن بكتاب والسامرية من اليهود اما من آمن بزبور داود وصحف ابراهيم وشيث فهم اهل كتاب تحل مناكحتهم عندنا ثم قال في المستصفى قالوا هذا يعني الحل اذا لم
يعتقدوا المسيح الها اما اذا اعتقدوه فلا وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان لا ياكلوا ذبائح اهل الكتاب اذا اعتقدوا ان المسيح اله وان عزيرا اله ولا يتزوجوا نساءهم
وقيل عليه الفتوى ولكن بالنظر الى الدلائل ينبغي ان يجوز الاكل والتزوج انتهى وهو موافق لما في رضاع مبسوط شمس الائمة في ذبيحة النصراني حلال مطلقا
سواء قال ثالث ثلاثة او لا وموافق لاطلاق ما في الكتاب هنا والدليل وهو قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فسره بالعفائف احترازا
عن تفسير ابن عمر بالمسلمات ولذلك منع ابن عمر رض من تزوج الكتابية مطلقا لانه رآها في المشركة قال تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى
المسيح ابن الله الى ان قال سبحانه وتعالى عما يشركون فلنا وقد قيل ان القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا لا كلهم مع ان مطلق لفظ المشرك اذا ذكر في لسان الشارع لا ينصرف الى اهل الكتاب وان صح لغة في طائفة بل طوائف واطلق لفظ الفعل اعني يشركون
يصرحون بالتنزيه عن ذلك والتوحيد واما النصارى فلم ار الا من يصرح بالابنية قبحهم الله لكن هذا يوجب نصرة المذهب المفصل في اهل الكتاب فاما من اطلق عليهم
فيقول مطلق لفظ المشرك اذا ذكر في لسان الشارع لا ينصرف الى اهل الكتاب وان صح لغة في طائفة بل طوائف واطلق لفظ الفعل اعني يشركون
على فعلهم كما ان من راءى بعمله من المسلمين فلم يعمل الا لاجل زيد يصح في حقه انه مشرك لغة ولا يتبادر عند اطلاق الشارع لفظ المشرك ارادته لما عهد من
ارادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي وكتاب ولذلك عطفهم عليه في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين منفكين ونص
على حلهم بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اى العفائف منهن وتفسير المحصنات بالمسلمات يقيد ان المعنى احل لكم المسلمات

ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم **قال** ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن

من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فان كن قد انقرضن فلا فائدة اذ لا يتصور الخطاب بحل الاموات للمخاطبين الاحياء وان كن احياء دخلن في دين سيدنا ونبينا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحل حينئذ معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين بل ويدخلن في المحصنات المعطوف عليه اعني قوله والمحصنات من المومنات ثم تعبير المعنى فيه والمسلمات من المومنات وهو بعيد في عرف استعمالهم بخلاف تفسيره بالعفائف ثم المراد من ذكره بعث الانسان على التخير لنطفته الا يرى ان العفة ليست شرطا في المومنات اتفاقا وان لم يدخلن فهو عين الدليل حيث ابيح الكتابيات الباقيات على ملتهن ولو سلم فهي منسوخة اعني ولا تنكحوا المشركات نسخت في حق اهل الكتاب المثلثين وغيرهم بآية المائدة وبقي من سواهم تحت المنع ذكره جماعة من اهل التفسير لان سورة المائدة كلها لم ينسخ منها شيء قط على ان تفسير المحصنات بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير بارادة لا لغة ويدل على الحل تزوج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم فمن المتزوجين حذيفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر رضه فقالوا نطلق يا امير المومنين وانما كان غضبه لمخالطة الكافرة وخوف الفتنة على الولد لانه في صغره الزم لامه وعشاه قول ها كان ثم يصير لشرب الخمر وهو يقبل ويضاجع الا لعدم الحل لا ترى الى قولهم نطلق يا امير المومنين لم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة ولا توقف الى زمنه وخطب المغيرة هندا ابنة النعمن بن المنذر وكانت تنصرت وديرها باق الى اليوم بظاهر الكوفة وكانت قد عميت فابت وقالت اي رغبة لشيخ اعور في عجوز عمياء ولكن اردت ان تفتخر بنكاحي فتقول تزوجت بنت النعمن بن المنذر فقال صدقت وانشأ يقول

ادركت ما منيت نفسي خاليا ؛ لله درك يا ابنة النعمان ؛ فلقد رددت على المغيرة ذهنه ؛ ان الملوك ذكية الاذهان ؛ في ابيات وكانت بعد ذلك تدخل عليه فيكرمها ويسألها عن حالها فقالت

فبينا نسوس الناس والامر امرنا ؛ اذا نحن فيهم سوقة نتنصف ؛ فاف لدنيا لا يدوم نعيمها ؛ تقلب تارات بنا وتصرف

نتنصف اي نتخدم والمنصف الخادم فاذا كان الامر على ما قررناه فلا جرم ان ذهب عامة المفسرين الى تفسير المحصنات بالعفائف ثم ليست العفة شرطا بل هو للعادة او للندب ان لا تتزوجوا غيرهن كما اشرنا اليه آنفا والائمة الاربعة على حل الكتابية الحرة واما الامة الكتابية فكذلك عندنا وسياتي الخلاف فيها **قوله** ولا يجوز تزوج المجوسيات عليه الائمة الاربعة ونقل الجواز عن داود وابي ثور ونقله اسحق في تفسيره عن علي رضه بناء على انهم من اهل الكتاب فواقع ملكهم اخته ولم ينكروا عليه فاسري بكتابهم فنسوه وليس هذا الكلام بشيء لانا نعني بالمجوس عبدة النار فكانهم كان لهم كتاب والا اثر له فان الحاصل انهم الآن داخلون في المشركين وبهذا يستغني عن منع كونهم من اهل الكتاب بانه يخالف قوله تعالى انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا من غير تعقيب بانكار وعدهم المجوس يقتضي بانهم ثلث طوائف وتقدير التسليم فبالرفع والنسيان اخرجوا عن كونهم اهل كتاب يدل على اخراجهم الحديث المذكور وهو ما اخرجه عبد الرزاق وابن ابي شيبة عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن علي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر يعرض عليهم الاسلام فمن اسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ابن القطان هو مرسل ومع ارساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء ورواه ابن سعد في الطبقات من طريق ليس فيها عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر الى ان قال بان لا تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم وفي سنده الواقدي وروى مالك في موطاه عن جعفر بن محمد عن ابيه ان عمر بن الخطاب رضه ذكر المجوس فقال ما ادري ما اصنع في امرهم فقال عبد الرحمن بن عوف اشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب انتهى وسياتي باقي ما فيه من الكلام في باب الجزية ان شاء الله تعالى **قوله** ولا الوثنيات وهي بالاجماع والنص وتدخل في الاوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والاباحية وفي شرح الوجيز وكل مذهب يكفر به معتقده لان اسم المشرك يتناولهم جميعا وقال الرستغفني لا يجوز المناكحة بين اهل السنة والاعتزال والفضلي ولا من قال انا مومن ان شاء الله لانه كافر ومقتضاه منع مناكحة

ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم

الشافعية واختلف فيها هكذا قيل يجوز وقيل يتزوج بنتهم ولا يتزوجهم بنته ولا يخفى ان من قال انا مومن ان شاء الله تعالى فانما يريد ايمان الموافاة يصرحون به بعينه لدى يقبض عليه العبد لا نه اخبار عن نفسه بالفعل في المستقبل او استصحابه اليه فيتعلق به قوله تعالى ولا تقولن لشئ اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله وعلى هذا فيكون ان شاء الله هنا شرطا لا كما يقال انه للتبرك وكيف كان لا يقتضي ذلك كفره غير انه عندنا خلاف الاولى لان تعويد النفس بالجزم في مثله ليصير ملكة خير من ادخال عادة التردد في انه هل يكون مومنا عند الموافاة او لا واما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم لان الحق عدم تكفير اهل القبلة وان وقع الزاما في المباحث بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم العالم ونفي العلم بالجزئيات على ما صرح به المحققون واقول وكذا القول بالايجاب بالذات ونفي الاختيار **فرع** تجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس بمعنى تزوج اليهودي نصرانية او مجوسية والمجوسي يهودية او نصرانية لانهم اهل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلفت نحلهم فتجوز مناكحة بعضهم بعضا كاهل المذاهب من المسلمين واجاز سعيد بن المسيب وعطاء وطاؤس وعمرو بن دينار وطي المشركة والمجوسية بملك اليمين لورود الاطلاق في سبايا العرب كاوطاس وغيرها وهن مشركات والمذهب وعند عامة اهل العلم منع ذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات فاما ان يراد الوطي او كل منه ومن العقد بناء على انه مشترك في سياق النفي او خاص في الضم وهو ظاهر في الامرين ويمكن كون سبايا اوطاس اسلمن **قوله** وتجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب وان عظموا الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة بهذا فسرهم ابو حنيفة فبنى عليه الحل وفسروا بعبدة الكواكب فبنيا عليهم الحرمة وقيل فيهم طائفتان وقيل فيهم غير ذلك فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم **قوله** وللمحرم والمحرمة ان يتزوجا حالة الاحرام وفيه خلاف الثلاثة وتزويج الولي المحرم موليته على هذا الخلاف تمسكوا بقوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح رواه الجماعة الا البخاري عن ابان بن عثمن بن عفان قال سمعت ابي عثمن يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح زاد مسلم وابو داود ولا يخطب وزاد ابن حبان في صحيحه ولا يخطب عليه وفي موطا مالك عن داود بن الحصين ان ابا غطفان المري ان اباه طريفا تزوج امراة وهو محرم فرد عمر بن الخطاب نكاحه ولنا ما رواه الائمة الستة في كتبهم عن طاؤس عن ابن عباس رض قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو محرم فزاد البخاري وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف وكلما ضعفه ولم يصل سنده به قال تزوج النبي صلى الله عليه وسلم ميمونة في عمرة القضاء وما عن يزيد بن الاصم انه تزوجها وهو حلال لم يقو قوة هذا فانه مما اتفق عليه الستة وحديث يزيد لم يخرجه البخاري ولا النسائي وايضا لا يقاوم بابن عباس رض حفظا واتقانا ولذا قال عمرو بن دينار للزهري وما يدري ابن الاصم اعرابي كذا وكذا لشئ قاله اتجعله مثل ابن عباس رض وما روي عن ابي رافع عنه صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال وبنى بها وهو حلال وكنت انا الرسول بينهما لم يخرج في واحد من الصحيحين وان روي في صحيح ابن حبان فلم يبلغ درجة الصحة وكذا لم يقل الترمذي فيه سوى حديث حسن قال ولا نعلم احدا اسنده غير حماد عن مطر وما يروى عن ابن عباس رض انه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال فمنكر عنه لا يجوز النظر اليه بعد ما اشتهر عنه ان كاد ان يبلغ اليقين عنه في خلافه وكذا بعد ان اخرج الطبراني في ذلك حارضه بان اخرجه عن ابن عباس رض من خمسة عشر طريقا انه تزوجها وهو محرم وفي لفظ وهما محرمان وقال هذا هو الصحيح وما اول به حديث ابن عباس رض بان المعنى وهو في الحرم فانه يقال انجد اذا دخل ارض نجد واحرم اذا دخل ارض الحرم بعيد وما يبعده حديث البخاري تزوجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال والحاصل انه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس وحديثي يزيد بن الاصم وابان بن عثمان وحديث ابن عباس قوي منهما سندا فان رجحنا باعتباره كان الترجيح معنى ويعضده ما قال الطحاوي وروى ابو عوانة عن مغيرة بن ابي الضحى عن مسروق عن عائشة رض قالت تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض نسايه

لم يخرجنا لكونهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم قال ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رحمه الله

وهو محرم قال ونقلة هذا الحديث كلهم ثقات يحتج برواياتهم انتهى وهذا الحديث اخرجه ايضا البزار قال السهيلي انما اردت نكاح ميمونة ولكنها لم تسمها وبقوة ضبط الرواة وفقههم فان الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس في ذلك فقها وضبطا كسعيد بن جبير وطاوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد وان تركنا ما تساقطا للتعارض وصرنا الى القياس فهو معنى لانه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الامة للتسري وغيره ولا يمتنع شيء من العقود بسبب الاحرام ولو حرم لكان غايته ان ينزل منزلة نفس الوطي واثره في افساد الحج لا في بطلان العقد نفسه ايضا ولو لم يصح كبطل عقد المنكوحة سابقا بالطارق لا الاحرام لان المنافي للعقد يستوي في الابتداء والبقاء كالطاري على العقد وان رجحنا من حيث المتن كان معنى لان رواية ابن عباس نافية ورواية يزيد مثبتة لما عرف ان المثبت هو الذي يثبت امرا عارضا على الحالة الاصلية والحل الطاري على الاحرام والنافي هو المبقيها الا ينفي طرو طاري ولا شك ان الاحرام اصل بالنسبة الى الحل الطاري عليه ثم له كيفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان النفي من جنس ما يعرف بدليله فيعارض الاثبات ويترجح بخارج وهو زيادة قوة السند وفقه الراوي على ما تقدم هذا بالنسبة الى الحل اللاحق واما على ارادة الحل السابق على الاحرام كما في بعض الروايات انه صلى الله عليه وسلم بعث ابا رافع مولاه ورجلا من الانصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل ان يحرم كذا في معرفة الصحابة للمستغفري فابن عباس مثبت ويزيد ناف ويرجح حديث ابن عباس ذاتا من الترجيح المثبت على النافي ولو عارضه بان كان نفي يزيد مما يعرف بدليله لان حالة الحل تعرف ايضا بالدليل اذ هي هيئة الحلال فالترجيح بما قلنا من قوة السند وفقه الراوي لا بذات المتن وان وفقنا لدفع التعارض فيحمل لفظ التزويج في حديث ابن الاصم على البناء بها مجازا بعلاقة السببية العادية وتحمل قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم اما على نفي التحريم والنكاح للوطي والمراد بالجملة الثانية التمكين من الوطي والتذكير باعتبار الشخص اي لا تمكن المحرمة من الوطي زوجها والعجب ممن يضعف هذا الوجه بان التمكين من الوطي لا يسمى نكاحا مع ان اللازم الانكاح لا النكاح والا استبعاده باختلال عربيته فليس بواقع لان غاية ما فيه دخول لا الناهية على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وان كان غيره اكثر وعلى النفي فيه التذكير وفيه ذلك التاويل او على نهي الكراهة جمعا بين الادلة وذلك لان المحرم في شغل عن مباشرة عقود الانكحة لان ذلك يوجب شغل قلبه عن الاحسان في العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماعات وتتضمن تنبيه النفس لطلب الجماع وهذا محمل قوله ولا يخطب ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لان المعنى المنوط به الكراهة هو عليه الصلاة والسلام منزه عنه ولا بعد في اختلاف حكم في حقنا وحقه لاختلاف المناط فينا وفيه كالوصال نهانا عنه وفعله قال ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية الخ قيد الحر غير مفيد لان الشافعي لا يجيز للعبد المسلم الامة الكتابية وكان الصواب ابداله وعن مالك تحديره كقوله عنهما كقولنا له قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات الآية استفيد منها عدة احكام عدم جواز نكاح الامة مطلقا عند طول الحرة بمفهوم الشرط وعدم جواز نكاح الامة مطلقا حين لا ضرورة من خشية العنت لقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم وا استنبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسبا وهو ما في نكاح الامة من تعريض الولد على الرق الذي هو موت حكما وعدم جواز الامة الكتابية مطلقا بمفهوم الصفة في من فتياتكم المؤمنات وايضا اذا لم تجز الامة الا للضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة وعندنا الجواز مطلق في حال الضرورة وعدمها في المسلمة والكتابية وعند طول الحرة وعدمه لاطلاق المقتضي من قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء واحل لكم ما وراء ذلكم فلا يخرج منه شيء الا بما يوجب التخصيص ولم ينتهض ما ذكر واحجة مخرجة اما اولا فالمفهوم اعني مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضعه الاصول واما ثانيا فبتقدير الحجة مقتضى المفهومين عدم الاباحة الثابتة عند

لا يجوز تزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عليه السلام
تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطي ويجوز تزوج الامة مسلمة كانت او كتابية

وجود القياس المبيح وعدم الاباحة الثابتة اعم من ثبوت الحرمة او الكراهة ولا دلالة للاعم على الاخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرة كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة اقل فتعينت فقلنا بها وبالكراهة صرح في البدائع واما تعليل عدم الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لتثبت الحرمة بالقياس على اصول شتى او لتعيين احد فردي الاعم الذي هو عدم الاباحة وهو التحريم مرادا بالاعم فان عنوا ان فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استلزامه للحرمة ولكن وجود الوصف ممنوع اذ ليس هنا متصف بحرية عرض للرق بل الوصفان من الحرية والرق يقارنان وجود الولد باعتبار امه ان كانت حرة فحر او رقيقة فرقيق وان ارادوا به تعريض الولد الذي سيوجد لان يقارنه الرق في الوجود لا الارقاق سلمنا وجوده ومنعنا تاثيره في الحرمة بل في الكراهة وبه الانه كان له ان لا يحصل الولد اصلا بنكاح الآئسة ونحوها فلان يكون له ان يحصل رقيقا بعد كونه مسلما اولى اذ المقصود بالذات من التناسل انما هو تكثير المقرين لله تعالى بالوحدانية والالوهية وما يجب ان يعترف له به وهذا ثابت بالولد المسلم والحرية مع ذلك كما يرجح اكثر دالى امر دنيوي وقد جاز للعبد ان يتزوج امتين بالاتفاق مع ان فيه تعريض الولد على الرق في موضع الاستغناء عن ذلك وعدم الضرورة وكون العبد لا اثر له في ثبوت رق الولد فانه لو تزوج حرة كان الولد حرا والمانع انما يعقل كونه ذات الرق لانه هو الموجب للنقص الذي جعلوه محرما مع قيد حرية الاب يوجب استواء العبد والحر في هذا الحكم لو صح ذلك التعليل اعني تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم بعد وجود شرط تزوج الامة عند الشافعي من عدم وجود طول الحرة شرط الا ان تكون جارية ابنه اي ملكا لابن قال في خلاصتهم لو انه استولدها قبل النكاح صارت ام ولده فنزل ملك الولد منزلة ملكه وعند لا ملك للاب من وجه اصلا ولا حرمة على الابن **قوله** لا تتزوج امة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة اخرج الدارقطني عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق العبد ثنتان الحديث الى ان قال وتتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وفيه مظاهر بن اسلم ضعيف واخرج الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده الى الحسن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تنكح الامة على الحرة قال وتنكح الحرة على الامة قال وهذا مرسل الحسن ورواه عبد الرزاق عن الحسن ايضا مرسلا وكذا رواه ابن ابي شيبة عنه واخرج عبد الرزاق انا ابن جريج اخبرني ابو الزبير انه سمع جابر بن عبد الله يقول لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة واخرج الحسن وابن المسيب نحوه واخرج ابن ابي شيبة عن علي رضي الله عنه لا تنكح الامة على الحرة واخرج عن ابن مسعود نحوه واخرج ابن ابي شيبة ثنا عبدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب تتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وعن مكحول نحوه فهذه آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين تقوي الحديث المرسل لو لم نقل بحجيته فوجب قبوله ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور وان اختلف طرق اضافتهم فان الثلاثة اضافوا الى مفهوم قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية وذلك ان تزوج الامة على الحرة تكون عند وجود طول الحرة فلا يجوز اتفاقا وقوله وهو حجة على الشافعي في اجازة ذلك للعبد يعني حجة عليه الا انا قدمنا الدليل على جواز بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله ولانه يرى حجيته اذا اقترن باقوال الصحابة وهنا كذلك فانه قد حكيت ذلك عن علي وجابر على الاطلاق كما بينا وكذا يرى حجيته اذا افتى به جماعة من اهل العلم وهنا كذلك وهذا كله نص الشافعي في الرسالة فانه قال وان لم يوجد ذلك يعني تعدد المخرج نظر الى بعض ما يروى عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا فان وجد ما يوافق ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت هذه دلالة على انه لم يرسل الا عن اصل يصح ان شاء الله وكذا ان وجد عوام من اهل العلم يفتون بمثل معنى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انتهى وبه يخص قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم اذ قد اخرج منه ما قدمنا وفيه نظر فان اخراج المشركات المجوسيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لا يصير العام به ظنيا فلا يخص بعده بخبر واحد وقياس

وقال الشافعي لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية لأن جواز نكاح الإماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لإطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا إرقاقه وله أن لا يحصل الأصل فيكون له أن لا يحصل الوصف

ولا يتزوج أمة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الأمة على الحرة وهو بإطلاقه حجة على الشافعي في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضاء الحرة ولأن للرق أثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق إن شاء الله فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الأمة ولأنها من المحللات في جميع الحالات إذ لا منصف في حقها فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما لأن هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ولأبي حنيفة رحمه الله أن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الأحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لأن المقصود أن لا يدخل غيرها في قسمها وللحر أن يتزوج أربعا من الحرائر والإماء وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يتزوج إلا أمة واحدة لأنه ضروري عنده

وما قيل إنه مخصوص بمنع الجمع بين الأختين فغلط لأن قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم إنما يتناول الجمع ليتحقق إخراجه لأنه مما تقدم ذكره مع المحرمات ثم قال وأحل لكم ما وراء ذلكم أي ما وراء المذكورات فلم يتناوله أصلا وإذا كان كذلك والحديث مطلق فيشمل العبد فإخراجه يستدعي مخرجا ولم يثبت إذ إضافة إخراجه إلى تخصيص العلة التي ادعوا أنها مؤثرة لحرمة نكاح الأمة عند طول الحرة بغير العبد لم يثبت له وجه لما علمت أنه بتقدير صحتها يجب استواء الحر والعبد فيها لأن المعقول تأثير ذات الرق في المنع عند عدم الضرورة وجود الطول قوله وعلى مالك في تجويزه ذلك برضى الحرة مالك يقول بحجية المرسل إذا صح طريقه إلى التابعي لكنه علله بإغاظة الحرة بإدخال ناقصة الحال عليها فإذا رضيت انتفى ما لأجله المنع فيجوز وهذا استنباط معنى يخصص النص فإن لم يكن منصوصا ولا مومى إليه كان تقديما للقياس على لفظ النص وهو ممنوع عندنا بل العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ثم بتقدير جواز ذلك تعليله بما ظهر أثره وهو تنصيف النعمة بالرق الذي ظهر أثره في الطلاق والعدة والقسم أولى فيكون المنع باعتبار التعليل بالتنصيف في أحوال نكاح الأمة بيانه أن الحل الثابت في النكاح نعمة وتبين أن الرق منصف ما ذكرنا من متعلقات النكاح لما لم يمكن تنصيف نفس الحل على أنه تحليل بل نصف الحل أيضا وهو تنصيف القسم إذ يحرم عليه الاستمتاع بها في غير ليلتها إلا مكن فيظهر أن حكم هذا الحديث لإرادة تنصيف الأحوال جريا على ما استقر منوطا بالرق وذلك أن لنكاحها حالتي الانضمام إلى نكاح حرة سابقة والانفراد عنها فالتنصيف إذ كان إمكان الحالتين قائما بصحيح نكاحها في حالة دون حالة وتصحيح نكاح الحرة في الحالتين حالة الانفراد والانضمام إلى أمة سابقة ثم عين الشرع للمنع حالة الانضمام إلى الحرة لما في اعتبار نقصها عن الحرة في كثير من الأحكام من مناسبته ذلك ولا يبعد أن يزاد وغيظ الحرة زيادة معتبر دخلا أيضا أما أصل غيظها فلا أثر له فإنه يحصل بإدخال الحرة أيضا وعلى هذا التقرير يندفع من الأصل ما يورد من أن الانضمام يصدق عليه إذا دخل الحرة أيضا على الأمة فيلزم أن يفسد نكاح الأمة بإدخال الحرة عليها ويجاب بأن الانضمام يقوم بالمتأخر لأنه المنضم إلى غيره ثم يتعلق بالمتقدم ومنهم من جعل منع إدخال الأمة بالنص على خلاف القياس وتعليل الكرخي أن بنكاح الحرة يثبت للنسل حق الحرية وحق الحرية لا يجوز إبطاله بعد ثبوته فأما مجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت للنسل ذلك هذا وأما حالة المقارنة وهو أن يتزوج حرة وأمة في عقدة فيجتمع في الأمة محرم ومبيح فتحرم واعلم أن التعليل في الأصل إنما هو للقياس ويستدعي أصلا يلحق به منصوصا أو مجمعا عليه فيمكن جعله هنا تنصيف الطلاق والعدة **قوله** فإن تزوج أمة على حرة الخ وكذا المدبرة وأم الولد وقيد بالبائن لأن في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الأمة اتفاقا وقولهما قول ابن أبي ليلى لأن المحرم ليس الجمع ليمتنع في عدة البائن كالأخت في عدة الأخت بل المحرم إدخال حرة عليها بل تزوج الأمة على الحرة وهو منتف لا يقال تزوج عليها إذا تزوج وهي مبانة منه معتدة ولذا لو حلف لا يتزوج على امرأته فتزوج وهي معتدة عن بائن لم يحنث ولذا جاز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد أو وطء شبهة ولأبي حنيفة أن العدة لما كانت من آثار النكاح فباعتبار ما بعد نكاحا من وجه كان بالتزوج فيها متزوجا عليها من وجه فكان حراما لأن الشبهة في المحرمات كالحقيقة احتياطا وأما جواز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد فقيل إنما هو قولهما لا قوله ولو سلم فالمنع لم يكن ثابتا بقيام النكاح الفاسد ليبقى ببقاء العدة بخلاف ما نحن فيه وأما مسألة اليمين فإنما لا يحنث فيها للعلم بأن المقصود من حلفه أن لا يتزوج عليها هو أن لا يدخل عليها شريكة في القسم ولأن العرف أن لا يسمى متزوجا عليها بعد الإبانة إلا إذا كان من كل وجه وذلك حال قيام العصمة **قوله** من الإماء والحرائر أي جمعا وتفريقا إلا أن في الجمع إنما يجوز إذا قدم الحرائر **قوله** وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك اتفق عليه الأئمة الأربعة وجمهور المسلمين أما الجواري فله ما شاء منهن وفي الفتاوى رجل له أربع نسوة وألف جارية أراد أن يشتري جارية أخرى فلامه رجل يخاف عليه الكفر وقالوا

والحجة عليه ما تلوناه اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت

ادنى ان يتزوج كيلا يدخل الغم على زوجته التي كانت عنده ماجورا واجاز الروافض تسعا من الحرائر ونقل عن النخعي وابن ابي ليلى واجاز الخوارج ثماني عشرة وحكى عن بعض الناس اباحة اي عدد شاء بلا حصر وجه الاول انه بين العدد المحلل بمثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من ذلك تسع وجه الثاني ان ذلك لان مثنى وثلاث ورباع معدول عن عدد مكرر على ما عرف في العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر وكان وجه الثالث العمومات من نحو فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولفظ مثنى الى آخره تعداد عرفي لا قيد كما يقال خذ من البحر ما شئت قربة وقربتين وثلاثا وتخصيص الاولين تزوجه صلى الله عليه وسلم تسعا والاصل عدم الخصوصية الا بدليل والحجة عليهم ان الآية هنا وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء لم تسق الا لبيان العدد المحلل لا لبيان نفس الحل لانه عرف من غيرها قبل نزولها كتابا وسنة فكان ذكره هنا مستتبعا بالعدد وليس الا لبيان قصر الحل عليه او هي لبيان الحل المقيد بالعدد لا مطلقا كيف وهو حال مما طاب فيكون قيدا في العامل وهو الاحلال المفهوم من فانكحوا ثم ان مثنى معدول عن عدد مكرر لا يقف عند حد هو اثنان اثنان هكذا الى ما لا يتناهى وكذا ثلث في ثلاثة ثلاثة ومثله رباع في اربعة فمؤدى التركيب على هذا ما طاب لكم ثنتين ثنتين جمعا في العقد او على التفريق وثلاثا ثلاثا جمعا وتفريقا واربعا اربعا كذلك ثم هو قيد في الحل على ما ذكرنا فانتهى حل الى اربع مخيرا فيهن بين الجمع والتفريق واما حل الواحدة فقد كان ثابتا قبل هذه الآية بحل النكاح لان اقل ما يتصور بالواحدة فحاصل الحال ان حل الواحدة كان معلوما وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها الى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك وبه تم جواب الفريقين او نقول عرف حل الواحدة بقوله فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة فكان العدد على الوجه الذي ذكرنا محللا عند عدم خوف الجور ثم افاد ان عند خوفه يقتصر الحل على واحدة وانما لم يعطف بالواو فيقال او ثلث او رباع لانه لو ذكر بالواو لكان الاحلال مقتصرا على احد هذه الاعداد وليس مرادا بل المراد ان لهم ان حصلوا هذه الاعداد ان شاءوا بطريق التثنية وان شاءوا بطريق التثليث وان شاءوا بطريق التربيع فانتفى بذلك صحة التسع والثماني عشرة ويدل على الخصوصية ما روى الترمذي عن عبد الله بن عمر ان غيلان بن سلمة الثقفي اسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فاسلمن معه فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخير منهن اربعا والمراد من قوله وتنصيص على العدد ومنع الزيادة العدد المذكور يعني التنصيص على هذا العدد فكان اللام للعهد الذكري او الحضوري وانما كان هذا العقد يمنع الزيادة وان كان من حيث هو عدد لا يمنعها كما في قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة حيث الحق به اليمين والنذر لوقوعه حالا قيدا في الاحلال على ما قررناه به يندفع الايراد بانه من حيث هو عدد لا يمنع كما ذكرنا والحاصل انه قد يمنع منع الزيادة والنقص كعدد ركعات الصلوة وقد لا وكنحو سبعين مرة في قوله تعالى استغفر لهم الآية وقد يمنع الزيادة كما ذكرنا او النقص فقط كاقل الحيض وشيء من ذلك ليس لذات العدد بل لخارج تمنع الزيادة هنا التقييد والحل في كل موضع لما السبب

قوله والحجة عليه ما تلوناه وهو عموم ما طاب لكم من النساء مقتصرا على العدد المذكور وقوله اذ الامة والمنكوحة يريد بالمنكوحة الحرة والا فالمنكوحة لا تنافي الامة مع ان المراد هنا بالامة ليس الا الامة المنكوحة وفي كثير من النسخ المنكوحة على الصفة واعترض بان المراد الاستدلال بجواز تزوج الاماء اكثر من واحدة لتناول اسم النساء ذلك وعلى ما قال من وجه التناول يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لا تنكح فكان ينبغي ان لا يذكر المنكوحة اصلا والعناية به ان يراد المنكوحة بالقوة اي التي يريد ان ينكحها يتنظمها الخ قوله لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده لان السبي لا يوقع الفرقة بين المسبي وزوجته فعلم انه لا يملك الا من حيث هو مال وبدليل انه يملك الاصل النكاح بالاذن فلو كان مملوكا في حقه لم يملكه كما لم يملك المال فلما ملكه ساوى الحر فيه وجواب الاول ان السبي احد اسباب ملك الرقبة محله المال لا النكاح فلذا لم تقع الفرقة وجواب الثاني ان ملك اصل الشيء لا يمنع التنصيف اذا تحقق بوجه كالامة تملك طلب اصل الوطء من زوجها وتنصف قسمها قوله ولنا ان الرق منصف توضيح مراده ان الحل الثابت بالنكاح مشترك بين الزوجين حتى ان للمرأة المطالبة بالاستمتاع وقد نصف الرق

قال وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رح ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل

للمرأة ما لها من ذلك الحل حتى اذا كانت تحت الرجل حرة وامة يكون للحرة ليلتان وللامة ليلة فلما انتصف رقها ما لها وجب ان ينتصف رقه ما له وللحر تزوج اربع وللعبد ثنتان بقي ان يستدل له بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع نظرا الى عموم المخاطبين في الاحرار والعبيد كما استدل به المص على الشافعي في اطلاق الزائد على الامة نظرا الى العموم في الحرائر والاماء لكن قد يقال ان المخاطبين هم الاحرار بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فان المخاطب بهذا هم المخاطبون الاولون ولا ملك للعبد فلزم كون المراد الاحرار **قوله** فان تزوج حبلى من زنى من غيره جاز النكاح خلافا لابي يوسف قول الشافعي رح كقولنا وقول الآخرين وزفر كقول ابي يوسف ما لو كان الحبل من زنى منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية معزيا الى النوادر قال رجل تزوج حاملا من زنى منه فالنكاح صحيح عند الكل ويحل وطيها عند الكل وفي اجازة الخانية عندهما ولا يطأها هل تستحق النفقة ذكر التمرتاشي لا نفقة لها وقيل لها النفقة والاول اوجه لان النفقة وان وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن اذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها بخلاف الحائض فان عذرها سماوي وهذا يضاف الى فعلها الزنى وعن محمد كقول ابي يوسف وكما لا يباح وطيها لا يباح دواعيه وقيل لا بأس لوطيها ونقل عن الشافعي كانه يغيبه على التي زنت حيث جاز تزوجها وحل وطيها في الحال مع احتمال العلوق فعلم ان العلوق من الزنى لا يمنع الوطي والمنع مع تجويزه في مقام الاحتياط ليس بشي لان الفرق بين المحقق والموهوم في اشتغال الحرام ثابت شرعا لورود عموم النهي في المحقق وهو ما روى رويفع بن ثابت الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرء يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسقي ماءه زرع غيره يعني اتيان الحبالى رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن **قوله** ان الامتناع في الاصل يعني ثابت النسب حاصل قياس الحامل من الزنى على الحامل ثابت النسب في حكم هو عدم صحة العقد عليها فيعين علة الاصل كون حملها محترما فيمنع ورود الملك على محله وهذا كذلك بدليل انه لا يجوز اسقاطه وانه لا جناية منه فيمنع الملك واستدل المص رح بعمومهم واحل لكم ما وراء ذلكم وحين علم انه مر من قبل ابي يوسف ان هذا مخصوص على ما قيل فيجوز تخصيصه بالقياس احتاج الى منع علته فقال لا نسلم ان علة المنع في الاصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهي منتفية في الفرع اذ لا حرمة للزاني ومنهم من يزيد في تعيين العلة فيقول الامتناع في الاصل لحرمة الحمل فيصان عن سقيه بماء حرام وقد يراد البقاء فيقال فيصان عن سقيه ولما لم يجز الوطي بحرمة السقي لم يصح العقد لان كل عقد لا يترتب عليه حكمه لا يصح وهي زيادة توجب النقض انما يحتاج اليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطي ولم نقل به فيقال ان قلت لا يترتب مطلقا منعناه او في الحال فقط منعنا اقتضاءه البطلان والا لم يصح نكاح الحائض والنفساء الا ان ابا يوسف رح يدفع التعليل بحرمة صاحب الماء بانه لو كان لحقه لجاز بامره فالاولى تعليل المنع في الاصل بلزوم الجمع بين الفراشين وهو السبب في امتناع العقد على المحصنات من المومنات وهو منتف في الحبلى من الزنا وقد يقال ان هذا الدفع مبني على تخيل ان حرمته وحقه واحد وهو معنى الحق وليس كذلك فان معنى حرمته ان الشارع اثبت له من الحرمة منع العقد على محل ما به ما دام قائما وحرمته لا تسقط باذنه في العقد الا ان هذا ينفي صحة العقد على المسبية الحامل والمهاجرة وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح واما على ظاهر المذهب فلا فالمطرد ما ذكرنا وعلى ما هو رواية الحسن المنسب بالتعليل بحرمة صاحب الماء اعلم ان في سنن ابي داود عن رجل من الانصار يقال له بصرة بن اكثم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تزوجت امراة على انها بكر في سترها فدخلت عليها فاذا هي حبلى فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لها الصداق بما استحللت من فرجها والولد عبد لك وفرق بيننا وقال اذا وضعت فحدوها وهي ظاهر في عدم صحة نكاح الحامل من زنى لقوله وفرق بيننا الا ان يحمل على التفريق الابدان فقط بان منعه من الخلوة بها الى ان تلد مع ان فيه من المنسوخات جعل الولد عبدا الا ان يحمل على ارادة انه

لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل قال ومن وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا احب له ان يطأها قبل ان يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء

يسير بخلافه وهو يوافق حمل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو اولى لاستبعاد ارادة جعل الولد عبدا بسبب الزوج بالنسبة الى مقابلة لقلة نظيره في الشرع فيجعل هذا قرينة ارادة التفريق عن المخالطة لا في العقد وهذا لان الظاهر انه انما يكون بحيث يخدمه من غير ملك فيه اذا كان مع امه عنده وهذا كله اذا ثبت هذا الحديث **قوله** فالنكاح باطل وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع **قوله** لانها فراش لمولاها الثبوت هذا الفراش وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل اذا اتت به فلو صح حصل الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة في المحصنات من النساء **قوله** الا انه غير متأكد الجواب عما قد يقال لو كانت فراشا لم تجز تزويجها وهي حائل كما لا يجوز وهي حامل فاجاب بان فراشها غير متأكد ويتأكد باتصال الحبل بها منه فان الحبل مانع في الجملة وكذا الفراش فيقع التأكد باجتماعهما فينتهض سببا للمنع للجمع بخلاف حالة عدمه واستدل على عدم تأكده بانتفاء نسب ولدها بالنفي من غير لعان فظهر ان المانع ليس مطلق الفراش بل المتأكد منه اما بنفسه وهو فراش المنكوحة او بالحبل قالوا الفراش ثلثة قوي وهي المنكوحة فلا ينتفي ولدها الا باللعان و متوسط وهو فراش ام الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي وضعيف لا يثبت نسب الولد منه الا بدعوة وهو فراش الامة التي لم يثبت لها امومية الولد والذي يقتضيه كلام صاحب الهداية تصريحه ان الامة ليست بفراش اصلا على ما ذكره في المسئلة التي تلي هذه وحلا بعدم صدق حد الفراش عليها بقوله فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة فيلزم اما انحصاره في الفراش القوي والضعيف واما اعتبار الفراش الثلثة في ام الولد والمنكوحة فام الولد الحائل فراش ضعيف فيجوز تزويجها والحامل متوسط النوع من التأكد فيمتنع وحكمه انتفاء الولد بمجرد النفي والمنكوحة هي الفراش القوي وهو الاوجه وايضا اذا كان ولدها ينتفي بمجرد النفي ينبغي ان يجوز النكاح ويكون نفيا دلالة فان النسب كما ينتفي بالصريح ينتفي بالدلالة بدليل مسئلة الامة جاءت باولاد ثلثة فادعى المولى الاكبر منهم حيث يثبت نسبه وينتفي نسب غيره بدلالة اقتصاره في الدعوة على بعضهم اجيب بان النفي دلالة انما يعمل اذا لم يكن صريح بخلافه وهنا كذلك اذ صورة المسئلة ان الحمل منه حيث قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه كذا في الظهيرية وعلى هذا لو زوج ام ولده وهي حائل قبل ان يعترف بالحمل بعد العلم به ينبغي ان يجوز نكاحه ويكون نفيا **قوله** ومن وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها هذا التعليل للجواز ينفي جنس علة المنع من التزويج فضلا عن نفيها بعينها فلذا لا يقتضي ان وجود الفراش مطلقا يمنع والا لمنع في ام الولد الحائل لان علة المنع فراش مخصوص وهو القوي بنفسه او بالتأكيد لا مطلق الفراش ثم بين نفي الفراش بنفي حده بقوله لانها جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة **قوله** الا ان عليه ان يستبرئها اي بطريق الاستحباب لا الحتم وليس استبراء المولى مذكورا في الجامع الصغير بل في كلام المص وصرح الولوالجي بالاستحباب **قوله** واذا جاز يعني جاز النكاح بدون استبراء من المولى فان خلاف محمد رح في استبراء الزوج انما هو فيه ولذا قال الفقيه ابو الليث رح في قول محمد لا احب للزوج ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمال الشغل بماء المولى هذا الخلاف فيما اذا زوجها المولى قبل ان يستبرئها فلو استبرأها قبل ان يزوجها جاز وطئ الزوج بلا استبراء اتفاقا وقد وفق بعض المشايخ بان محمدا رح نفى الاستحباب وهما اثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهم على الاستحباب ولا نزاع فان لفظه في الجامع محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وطئ جارية ثم زوجها فان للزوج ان يطأها قبل ان يستبرئها وقال محمد احب ان لا يطأها حتى يستبرئها انتهى وليس فيه استبراء المولى اصلا وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج قيل قوله تفسير لقول ابي حنيفة وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق وصريح قول المص لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلافه ثم القياس المذكور لمحمد انما مقتضاه وجوب الاستبراء فان الاصل قياسه الشراء وانما يتعدى بالقياس حكم الاصل وحكمه

ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال

الاستبراء بل كان المصر اخذ من كلام محمد في بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب غاية الامر ان قوله احب ظاهر في الاستحباب ودليله يوجب ان مراده الوجوب فاعتباره اولى لان الاستدلال بما لا يطابق الدعوى بعد من اطلاق احب ان يفعل كذا في واجب وكثيرا ما يطلق المتقدمون اكره كذا في التحريم وكراهة التحريم واجب مقابلة فجاز ان يطلق في مقابله وهو الوجوب ثم لو اورد على محمد ره ان التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما في غسل اليدين عقيب النوم لتوهم النجاسة كان له ان يجيب بان ذلك في غير الفروج اما فيها فالمعهود شرعا جعله متعلقا بالوجوب ومنه نفس اصل هذا القياس فان علة وجوب الاستبراء في التحقيق على المشتري ليس الا توهم الشغل بماء الحلال واعتبار استحداث الملك علة انما هو لضبطه للحكمة التي هي العلة في الحقيقة على ما عرف وان كان الاستدلال من عند المصر فهو المواخذ بعدم المطابقة **قوله** ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ اورد عليه انه ممنوع فان الحكم بجواز النكاح ثابت في الحامل من الزنى ومجموع ما ذكر فيه ثلثة اجوبة جواب صاحب النهاية بانه طرد لا نقض فان جواز النكاح ثابت في الصورتين بالمقتضي وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم الا ان الوطي هناك حرام لوجود الشغل حقيقة كيلا يسقي ماءه زرع غيره فلم يدل جواز النكاح هناك على حل الوطي للحمل اما هنا لا حمل حقيقة فلو كان ثم كان حكما وشرعا وكان جواز النكاح شرعا امارة الفراغ دليل فراغ الرحم حكما وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى فان مرادنا انه امارة الفراغ عن حمل ثابت النسب ونقول هو دليل الفراغ في المحتمل لا فيما تحقق وجوده واليه يرجع جواب صاحب النهاية اذا تاملت وهو الاولى اعني كونه دليل الفراغ في المحتمل ومحل النزاع محتمل ومع الحكم بالفراغ لا يثبت توهم الشغل شرعا فلا موجب لاستحباب الاستبراء لكن صحته موقوفة على دليل اعتباره امارة الفراغ عنه لان حاصله ادعاء وضع شرعي والاجماع انما عرف على مجرد الصحة اما على اعتبارنا دليل الفراغ في المحتمل دون المتحقق فلا اختار الفقيه ابو الليث قول محمد ره لانه احوط وهذا وعند زفر ره لا يجوز للرجل ان يتزوجها حتى تحيض ثلث حيض بناء على اصله وهو وجوب العدة للتزوج بعدم وطي ولو زنا **قوله** وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له وطيها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد ره لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها وعند زفر ره لا يصح العقد عليها ما لم تحض ثلث حيض لما قلنا عنه وقيل يكفي حيضة **قوله** والمعنى اي في حل وطي الزانية اذا تزوجت عقيب العلم بزناها عندهما بلا استبراء وعند محمد ره بعده ما ذكرنا الهما من ان الصحة امارة الفراغ في المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لا يثبت بلا سبب وعند محمد الوطي يوجب توهم الشغل فتستبرأ كالمشتراة **قوله** ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة خالية من الموانع اتمتع بك كذا كذا عشرة ايام مثلا او يقول ايام او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام او لم يذكر اياما بكذا من المال قال شيخ الاسلام في الفرق بينه وبين النكاح الموقت ان يذكر الموقت بلفظ النكاح والتزويج وفي المتعة اتمتع واستمتع انتهى يعني ما اشتمل على مادة متعة والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المدة وفي الموقت الشهود وتعيينها ولا شك انه لا دليل لهؤلاء على تعيين كون نكاح المتعة الذي اباحه صلى الله عليه وسلم ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة م ت ع للقطع من الآثار بان المتحقق ليس الا انه اذن لهم في المتعة وليس معنى هذا ان من باشر هذا المأذون فيه يتعين عليه ان يخاطبها بلفظ اتمتع ونحوه لما عرف من ان اللفظ انما يطلق ويراد معناه فاذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا اتمتع بك بل اوجدوا معنى هذا اللفظ ومعناه المشهور ان يوجد عقدا على امرأة لا يراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل الى مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها او غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دمت معك الى ان انصرف عنك فلا عقد والحاصل ان معنى المتعة عقد موقت ينتهي بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت ايضا فيكون النكاح الموقت من افراد المتعة وان عقد بلفظ التزويج واحضر الشهود وما يفيد ذلك من الالفاظ التي تفيد التواضع مع المرأة على هذا المعنى ولم يعرف في شيء من الآثار لفظ واحد ممن

وقال مالك هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رض وابن عباس رض صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام

باشهر با من الصحابة بلفظ تمتعت بك ونحوه والله اعلم قوله وقال مالك هو جائز نسبته الى مالك غلط وقوله لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر النسخ هذا متمسك من يقول بها كابن عباس رض قلنا قد ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله عنهم هذه عبارة المصنف وليست المناسبة فيها فان المختار ان الاجماع لا يكون ناسخا اللهم الا ان يقدر محذوف اي بسبب العلم باجماعهم اي لما عرف اجماعهم على المنع علم انه نسخ بدليل النسخ او هي للمصاحبة اي لما ثبت اجماعهم على المنع علم معه النسخ واما دليل النسخ بعينه فما في صحيح مسلم انه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم الفتح وفي الصحيحين انه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر والتوفيق انها مرتين قيل ثلاثة اشياء نسخت مرتين المتعة ولحوم الحمر الاهلية والتوجه الى بيت المقدس في الصلوة وقيل لا يحتاج الى الناسخ لانه صلى الله عليه وسلم انما كان اباحها ثلاثة ايام فبانقضائها تنتهي الاباحة وذلك لما قال محمد بن الحسن في الاصل بلغنا رسول الله صلى الله عليه وسلم انه احل المتعة ثلاثة ايام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها وهذا لا يفيد ان الاباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلاثة ايام ولذا قال ثم نهى عنها وهو يشبه ما اخرجه مسلم عن سبرة بن معبد الجهني قال اذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة فانطلقت انا ورجل الى امرأة من بني عامر كانها بكرة عيطاء فعرضنا انفسنا عليها فقالت ما تعطيني فقلت ردائي وقال صاحبي ردائي وكان رداء صاحبي اجود من ردائي وكنت اشب منه فاذا نظرت الى رداء صاحبي اعجبها واذا نظرت الي اعجبتها ثم قالت انت ورداؤك يكفيني فمكثت معها ثلاثا ثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان عنده شيء من هذه النساء فليخل سبيلها فهذا اشار من حيث انه انما يدل على ان الاباحة اقامت ثلاثا الا انها تعلقت مقيدة بالثلاث فلا بد من الناسخ وفي صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم كنت اذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك الى يوم القيمة والاحاديث في ذلك كثيرة شهيرة واما ظاهر الالفاظ التي تعطي الاجماع فما اخرجه الحازمي بسنده الى جابر خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى غزوة تبوك حتى اذا كنا عند العقبة مما يلي الشام جاءت نسوة فذكرنا تمتعنا وهن يطفن في رحالنا فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر اليهن وقال من هؤلاء النسوة فقلنا يا رسول الله نسوة تمتعنا بهن قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه وتمعر وجهه وقام فينا خطيبا فحمد الله واثنى عليه ثم نهى عن المتعة فتوادعنا يومئذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود اليها ابدا وابن عباس رض صح رجوعه بعد ما اشتهرت عنه من اباحتها ثم ذكر من رجوعه ان عليا رض قال له انك رجل ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وفي صحيح مسلم ان عليا رضي الله عنه سمع ابن عباس يلين في متعة النساء فقال مهلا يا ابن عباس فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسية وهذا ليس صريحا في رجوعه بل في قول علي له ذلك ويدل على انه لم يرجع حين قال له علي ذلك ما في صحيح مسلم عن عروة بن الزبير ان عبد الله بن الزبير رض قام بمكة فقال ان ناسا اعمى الله قلوبهم كما اعمى ابصارهم يفتون بالمتعة يعرض برجل فناداه فقال انك لجلف جاف فلعمري لقد كانت المتعة تفعل في عهد امام المتقين يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ابن الزبير فجرب بنفسك والله ان فعلتها لارجمنك باحجارك الحديث ورواه النسائي ايضا ولا تردد في ان ابن عباس هو الرجل المعرض به وكان رضي الله عنه قد كف بصره فلذا قال ابن الزبير رض كما اعمى ابصارهم وهذا انما كان في حال خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة علي رض فقد ثبت انه مستمر القول على جوازها لم يرجع الى قول علي رض فالاولى ان يحكم بانه رجع بعد ذلك بناء على ما رواه الترمذي عنه وقد ظهر ان لا متمسك له به وكان الاولى ان يجيب المصنف وهو حاصل بحثه معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح وقالوا العصبات لانها عصبته في ولد الزنا وولد الملاعنة فيثبت لاهلها الا ان اقارب الاب مقدمون شرح واذا حدهم الاولياء اي كل من العصبات الى ان قال انما كانت المتعة في اول الاسلام كان الرجل يقدم البلد ليس له بها معرفة فيتزوج

وقال زفر رحمه الله هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد

المرأة بقدر ما يرى انه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شيئه حتى اذا نزلت الآية الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام انتهى فهذا يحمل على انه اطلع على ان الامر انما كان على هذا الوجه فرجع اليه وحكاه وقد حكي عنه انه انما اباحها حالة الاضطرار والعنت في الاسفار واسند الحازمي من طريق الخطابي الى المنهال عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعراء قال وما قالوا قلت قالوا
قد قلت للشيخ لما طال محبسه يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس هل لك في رخصة الاطراف آنسة تكون مثواك حتى يصدر الناس فقال سبحان الله ما بهذا افتيت وما هي الا كالميتة والدم ولحم الخنزير ولا تحل الا للمضطر انتهى ولهذا قال الحازمي انه صلى الله عليه وسلم لم يكن اباحها لهم وهم في بيوتهم واوطانهم وانما اباحها لهم في اوقات بحسب الضرورات حتى حرمها عليهم في آخر سنيه في حجة الوداع وكان تحريم تابيد لا خلاف فيه بين الائمة وعلماء الامصار الا طائفة من الشيعة **قوله** وقال زفر رحمه الله هو جائز يعني النكاح الموقت وهو ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هي ويصح النكاح فصار كما اذا تزوجها على ان يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط اما لو تزوج وفي نيته ان يطلقها بعد مدة نواها فلا باس وتزوج النهاريات وهو تزوجها على ان يكون عندها نهارا دون الليل **قوله** ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولذا لو قال جعلتك وكيلا بعد موتي انعقد وصية او وصيا في حياتي انعقد وكالة ولو اعطى المال مضاربة وشرط الربح للمضارب كان قرضا او لرب المال كان بضاعة ولا يخفى ان على ما حققناه يكون الموقت من نفس نكاح المتعة فلا يحتاج الى عين ابداء الناسخ في دفع قول زفر هذا ومقتضى النظر ان يترجح قوله لان غاية الامر ان يكون الموقت متعة وهو منسوخ لكن المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذي كانت الشرعية عليه وهو انتهاء العقد فيها بانتهاء المدة وتلاشي وانا لا اقول به كذلك وانما اقول ينعقد مؤبدا ويلغو شرط التوقيت وهو اثر النسخ واقرب نظير الى هذا نكاح الشغار وهو ان يتزوج الرجلان كل موليه الآخر على ان يكون بضع كل موليه مهر موليها في المولية الأخرى صح النهي عنه وقلنا اذا عقد كذلك صح موجبا لمهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النهي لانا لم نقل به كذلك موجبا للبضعين مهرين بل على الغاء الشرط المذكور فلم يلزمنا النهي فقول زفر مثل هذا سواء واما قياسه على ما لو تزوجها على ان يطلقها بعد شهر فيمكنه تركه ان صح عنه الى اصول شتى مما اشترط فيه من النكاح بشرط يخالف مقتضى العقد اذا كان غير صحيح من حيث انه انما عقد مؤبدا ولذا اذا انقضت المدة لا ينتهي النكاح بل هو مستمر الى ان يطلقها فان قلت فلو عقد بلفظ المتعة واراد النكاح الصحيح المؤبد هل ينعقد ولا واذا لم ينعقد هل يكون من افراد المتعة فالجواب لا ينعقد به النكاح لان قصد به النكاح وحضره الشهود وليس من نكاح المتعة لانه لم يذكر فيه توقيت بل التابيد وانما كان كذلك لانه لا يصلح مجازا عن معنى النكاح لما في المبسوط من انه لا يفيد ملك المتعة كالاحلال قال فان من احل لغيره طعاما او اذن له ان يتمتع به لا يملكه وانما يتلفه على ملك المبيح فكذلك اذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك انتهى يعني انتفى طريق المجاز الذي بيناه في اول كتاب النكاح والله سبحانه اعلم **قوله** ولا فرق بين ما اذا طالت المدة او قصرت نفي لرواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انهما اذا سميا مدة لا يعيشان اليها صح لتابيده معنى قلنا ليس هذا تابيدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت وقوله لانه المعين لجهة المتعة يؤيد ما قلناه هذا وان انساق الكلام الى ان الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس مقتضى العقد لا يبطل النكاح بل تبطل هو فمناسب ان يقترن به الكلام في اشتراط الخيار في النكاح فاذا تزوج على انه بالخيار ايهما صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على ان شرط الخيار كالهزل لان الهازل قاصد للسبب غير راض بحكمه ابدا وشارط الخيار غير راض بحكمه في وقت مخصوص فاذا لم يمنع الهزل ثبوت حكمه للحديث ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وقد اسلفنا تخريجه فشرط الخيار اولى ان لا يمنعه

ومن تزوج امرأتين في عقدةٍ واحدة واحدتهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احديهما بخلاف ما اذا جمع بين حرٍ وعبدٍ في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي حل نكاحها عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل

واذا لم يشرع بثبوت حكمه وهو الملك من حين صدور العقد كان اشتراط الخيار شرطاً فاسداً فيبطل واما خيار الرؤية فحقيقته لا يتوقف على اشتراط في موضع يثبت كالبيع بل اذا اشترى ما لم يره يثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح ينعقد بلا رؤية اجماعاً فلا يتصور ثبوته فيه ولو فرض اشتراط خيار الفسخ اذا راها كان شرطاً فاسداً فيبطل واما خيار العيب فلا يثبت لاحدهما في الاخر اذا وجده معيباً برص او رتق او قرن او عقل او جنون او مرض فالج او غيره ايا كان عند ابي حنيفة وابي يوسف سوى عيب الجب والعنة فيه على ما ياتي في بابه خلافاً للشافعي في العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص ولمحمد في الثلاثة الاخيرة اذا كانت بحيث لا تطيق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ لنا ما عنه صلى الله عليه وسلم انه للتي تزوجها فوجد بكشحها بياضاً الحقي باهلك وهذا من كنايات الطلاق بل لا يبعد عده من صرائحه في عرف العرب بالاشتهار فعرف انه لا فسخ عن عيب وحجتنا الينا قول ابن مسعود رضي الله عنه لا ترد الحرة عن عيب وعن علي رضي الله عنه قال اذا وجد بامراته شيئاً من هذه العيوب فالنكاح لازم له ان شاء طلق وان شاء امسك والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن عمر انه اثبت الخيار وحمله على خيار الطلاق بعيد فان ذلك ثابت لا يحتاج الى نقل اثبات عمر اياه وقول محمد ارجح فيما يظهر فان ما ذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما افادته هذه الدلائل انما هو في تخلص الرجل فاما المراة فلا تقدر عليه وهي محتاجة الى التخلص ومامورة بالفرار قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد والكلام في المسئلة طويل الذيل في المبسوط وغيره ويحتمل اطالة لا الساعة بصددها اذ ليست من مسائل الكتاب بل المقصود تتميم الفائدة بالفروع المناسبة وكذا لو شرط احد الزوجين على الاخر السلامة من تلك العيوب او من العمى والشلل والزمانة او شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لا خيار في الفسخ ومن هذا وكثيراً ما يقع لو تزوجها بشرط انها بكر فاذا هي ثيب لا خيار له بل ان شاء طلق ويثبت احكام الطلاق قبل الدخول او بعده قوله ومن تزوج امراتين في عقدة واحدة واحدتهما لا تحل له لرضاع او قرابة محرمة صح نكاح المحللة وبطل نكاح المحرمة بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع حيث لا يصح في العبد لان قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد فيبطله وهنا المبطل يخص المحرمة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة قوله ثم جميع المسمى التي تحل نكاحها عند ابي حنيفة رح وعندهما يقسم على مهر مثليهما كان يكون المسمى الفاً ومهر مثل المحرمة الفان والمحللة الف فيلزم ثلثمائة وثلاثة وثلثون وثلث درهم للتي صح نكاحها ويسقط الباقي ولو كان دخل بالتي لا تحل فالمذكور في الاصل ان لها مهر مثلها بالغاً ما بلغ والالف كلها للمحللة قال في المبسوط وهو الاصح على قول ابي حنيفة رح وما ذكر في الزيادات فهو قولهما ان لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الالف ولو كان صح نكاحهما انقسمت الالف على مهر مثليهما اتفاقاً قوله وهي مسئلة الاصل مثل هذا اللفظ يقصد به الاحالة على ذلك الكتاب لتتميم متعلقات المسئلة منه وحاصل المذكور لهما فيه ان المسمى قوبل بالبضعين ولم يسلما وكلما قوبل بشيئين لم يسلما فاللازم حصة السالم بيان تقرر الكبرى شرعاً ما لو اشترى عبدين بالف فاذا احدهما مدبر او خاطب امراتين بالنكاح بالف فاجابت احداهما دون الاخرى بل ما نحن فيه اولى فان المحرمة دخلت في العقد عنده ولذا لا يحد لو وطيها مع العلم بالحرمة عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البدل وله منع كلية الكبرى بل المنضم الى المحللة اما محل او لا ففي الاول ينقسم وفي الثاني لا كما لو ضم جداراً او حماراً فان الكل فيه للمحل والضم لغو وضم المحرمة كذلك فان حكم النكاح الحل والمحرمة ليست محله فلم تدخل والمدبر مال فهو محل ولذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فيدخل في العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية وسقوط الحد عنده في وطي المحرمة المعقود عليها من حكم صورة العقد وسنبين وجهه ان شاء الله تعالى في كتاب الحدود ولا من حكم الانعقاد والانقسام بين حكم الانعقاد والانقسام في المخاطبين لا يستوفى الايجاب للمحللة فانهما لو اجابتا صح نكاحهما

ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رحمه الله لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح ينفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان والله اعلم

بشبهة فالقسم عليهما وبذا وقد ادعى ان ما في الزيادات من انه لو دخل بالتي لا تحل كان لها مهر مثلها بالاتفاق وحصتها من الالف قول ابي حنيفة رحمه الله فاستشكل بانه فرع دخولها في العقد ودفع بانه قولهما لا قوله في الاصح وقوله يجب مهر مثلها بالغا ما بلغ وبتقدير التسليم فالمنع من المجاوزة لحجر التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بدخولها في العقد فاما الانقسام للاستحقاق فباعتبار الدخول في العقد فالتي لا تحل هي المختصة بالكل فالكل لها وتقدير هذا ايضا على قوله ان لها مهر مثلها بالغا ما بلغ ان عدم الدخول في العقد يقتضي اجنبيتها عنه فبأي وجه يجب مهر مثلها وهو فرع الدخول في عقد فاسد ويجاب بان وجوبه بالعقد الذي وجب به قدر ما لهذا وهو صورة العقد ويورد على قولهما ايضا كيف وجب لها حصتها من الالف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد لا يجتمع الحد والمهر ولا مخلص الا بتخصيصها الدعوى فيجب الحد لا انتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد قوله ومن ادعت عليه امرأة لقب المسئلة ان القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند ابي حنيفة رحمه الله ظاهرا وباطنا اذا كان مما يمكن القاضي انشاء العقد فيه فلو ادعى نكاح امرأة او هي ادعت النكاح او الطلاق الثلاث كذبا وبرهنا بزور فقضى بالنكاح او الطلاق نفذ ظاهرا فيطالب في الحكم بالقسم والوطي والنفقة وباطنا فيحل له وطيها وان علم حقيقة الحال لها تمكينه وقولنا اذا كان مما يمكن القاضي انشاءه يخرج ما اذا كانت معتدة الغير او مطلقة ثلثا فادعى انه تزوجها بعد زوج ونحو ذلك مما لا يقدر القاضي على انشاء العقد فيها اما الهبة والصدقة ففي نفاذ القضاء بهما باطنا روايتان اذا ادعيا كذبا وجه المنافية ان القاضي لا يملك تمليك مال الغير بلا عوض وقول ابي حنيفة هو قول ابي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا ينفذ باطنا فلا يسعه ان يطأها اذا ادعى كذبا واذا كان مدعى عليه يطلقها وهو قول الشافعي رحمه الله وكذا لا تحل للثاني لا تحل للاول فيما اذا ادعت الطلاق الثلاث كذبا فقضى به وتزوجت آخر عند محمد وعند ابي حنيفة رحمه الله تحل للثاني لا للاول لان القاضي يملك التطليق على الغير احيانا بخلاف المعتدة واختيها وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بان ادعى احد المتبايعين على صاحبه فسخ البيع كذبا وبرهن وقضى ففسخ القاضي ينفسخ البيع وحل للبائع وطيها لو كانت امة وكذا لو ادعى بيع الامة منه ولم يكن باعه فيقضي بها المدعي للمشتري حلت له وكذا في دعوى العتق والنسب حجته تمسكاتها في الكتاب ظاهر وايضا القضاء اما امضاء لعقد سابق او انشاء لا يصح الاول لعدم سابق ولا الثاني لانه لا ايجاب وقبول ولا شهود ولابي حنيفة ان القاضي مامور بالقضاء في وسعه وانما في وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يفيد ان القاضي لو علم كذب الشهود لا ينفذ ولما لم يستلزم ما ذكر النفاذ باطنا اذ القدر الذي توجبه الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطنا اذا كان مخالفا للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح ينفذ فافاد اختيار شق ترديدها وهو انه انشاء المعنى انه تثبت انشاء اقتضاء للعقد تقدمه عليه وافاد بذلك جوابها عما ابطلا به هذا الشق من عدم الايجاب والقبول والشهود فان ثبوته على هذا الوجه يكون ضمنيا ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها اذا كانت قصديات على ان كثيرا من المشايخ شرطوا حضور الشهود القضاء للنفاذ باطنا ولم يشترطه بعضهم وهو اوجه ولو انهما ابطلا هذا الشق لعدم التراضي من الجانبين لم يندفع بذلك ولما كان المقتضي ما ثبت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء الى تقديم الانشاء الا اذا اقتصرت صحته الى نفاذه باطنا وليس مفتقرا اليه لثبوته مع انتفائه في الاملاك المرسلة حيث يصح ظاهرا لا باطنا افاد قوله قطعا للمنازعة يعني ان المقصود من القضاء قطع فيما نحن فيه لا بتنفيذه باطنا اذ لو بقيت الحرمة تكررت المنازعة في طلبها الوطي او طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال ما هو كان القاضي قال زوجتكها وقضيت بذلك كقول هو حر في جواب اعتق عبدك عني بالف حيث يتضمن البيع وذكر الشيخ كمال الدين

باب في الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

اصل

في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء

ان المبتلى من حضر عنده من المغاربة بسبب الحصر فقال يمكن قطع المنازعة بان يطلقها قال فاجبته ما تريد بالطلاق الطلاق المشروع او غيره لا عبرة بغيره والمشروع يستلزم المطلوب اذ لا يتحقق الا في نكاح صحيح قال شيخنا سراج الدين ليس بجواب صحيح اذ له ان يريد بالطلاق غير المشروع وكونه لا عبرة به في كونه طلاقا صحيحا لا يضر اذ قد ثبت بذلك ان قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ باطنا فلا يجب التنفيذ باطنا بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو ان يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ باطنا لانه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر انه لم ينحصر والحق ان قطع المنازعة ينتهض سببا للتنفيذ باطنا فيما اذا كان هو المدعي لانها لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق لا فيما اذا كانت هي المدعية لما ذكر ففيه قصور عن صور المدعى وهو النفاذ باطنا في العقود والفسوخ والذي روي عن محمد عن علي رضي الله عنه ان رجلا اقام بينة على امرأة انها زوجته بين يدي علي رضي الله عنه فقضى علي بذلك فقالت المرأة ان لم يكن لي منه بد يا امير المؤمنين فزوجني اياه فقال شاهداك زوجاك يخص ما اذا انحصر قطع المنازعة في التنفيذ باطنا فانه لم ينعقد باطنا لا يحلها لما طلبت للحقيقة التي عندها والاوجه ان يراد بالمنازعة في قولهما قطعا للمنازعة اللجاج المؤدي الى الضرر اعم من كونه عند القاضي ولا فيتناول ما اذا الح الاول في طلبها باطنا بان يهيئها ليقصد جماعها كرها او باسترضائها وذلك لعلمه بحقيقة الحال من الحل الباطل وفي هذا بعد كونه منشأ مفسدة التقاتل والسفك لكونه عرضت له باطلاع الزوج فيجب عليه منع اجتماع زوجين على امرأة احدهما سرا والاخر جهرا وكل من الامرين ينبو عن قواعد الشرعية فلا تنقطع المنازعة على الوجه الذي ذكرناه من لا عيبة الا بالحكم بالنفاذ باطنا وثبوت الحرمة في نفس الامر بفسخ القاضي فعم الصور ثم على المبتدي بالدعوى الباطلة واثباتها بالطريق الباطل اثم يا لدين اثم غير اثم الوطي بعد ذلك فحل وقول ابي حنيفة اوجه وقد استدل على اصل المسئلة بدلالة الاجماع على ان من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن فقضي به حل للبائع وطيها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشتري مع انه يمكنه التخلص بالعتق وان كان فيه اتلاف ماله فانه ابتلي بامرين فعليه ان يختار اهونهما وذلك ما يسلم له فيه دينه **قوله** بخلاف الاملاك المرسلة اي المطلقة عن تعيين سبب الملك بان ادعى الملك في هذا الشيء ولم يعين سببا فان القضاء به قضاء باليد ليس غير لتزاحم الاسباب اي تعددها فلا يمكن القاضي تعيين بعضها دون بعض اذ لم تقم حجة بخصوصه بخلاف ما عين السبب فيه وقعت الشهادة على تعيينه والله سبحانه اعلم

باب الاولياء والاكفاء اولى الشرائط المتفق عليها الشرط المختلف فيه وهو عقد الولي والولي العاقل البالغ الوارث فخرج الصبي والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة الولاية في النكاح نوعان ولاية ندب واستحباب وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت او ثيبا وولاية اجبار وهو الولاية على الصغيرة بكرا كانت او ثيبا وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة وتثبت الولاية باسباب اربعة بالقرابة والملك والولاء والامامة وافتتح الباب بالولاية العاقلة المندوبة تقديما لوجوبها لانه مهم لاشتهار الوجوب في بعض الديار وكثرة الروايات عن الاصحاب فيه واختلافها وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله في ذلك سبع روايات روايتان عن ابي حنيفة تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا الا انه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب ورواية الحسن عنه ان عقدت مع كفو جاز ومع غيره لا يصح واختيرت للفتوى لما ذكر من ان كم من واقع لا يحس المرافعة والخصومة ولكن كل قاض يعدل ولو احسن الولي وعدل القاضي فقد يترك انفة للتردد على ابواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له وينبغي تقييد عدم الصحة المفتى به بما اذا كان لها اولياء احياء لان عدم الصحة انما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعا لضررهم فانه قد يتقرر لما ذكرنا اما ما يرجع الى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفو على ما سياتي ان شاء الله تعالى في فصل الكفاءة وعن ابي يوسف ثلاث روايات لا تجوز مطلقا اذا كان لها ولي ثم رجع الى الجواز من الكفو لا من غيره ثم رجع الى الجواز مطلقا من الكفو وغيره وروايتان عن محمد ره انعقاده موقوفا على اجازة الولي ان اجازه نفذ والا بطل الا اذا كان كفوا وامتنع الولي يجدد القاضي العقد ولا يلتفت اليه ورواية رجوعه الى ظاهر

لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه

الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار

الرواية فتحصل ان الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفو وغيره هذا على الوجه الذي ذكرناه عن ابي يوسف من ترتيب الروايات عنه
بما ذكره السرخسي رحمه الله واما على ما ذكر الطحاوي رحمه الله من ان قوله المرجوع اليه عدم الجواز الا بولي وكذا الكرخي رحمه الله في مختصره حيث قال وقال ابو يوسف لا يجوز الا بولي
وهو قوله الاخير فلا ورجح بعضهم قول الشيخين لانهما اقدم واعرف بمذاهب اصحابنا لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي رحمه الله والتعويل عليه حيث قال
عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف الى اخره وعلى المختار للفتوى لو زوجت المطلقة ثلثا نفسها بغير كفو ودخل بها لا تحل للاول
قالوا ينبغي ان تحفظ هذه المسئلة فان المحلل في الغالب يكون غير كفو واما لو باشر الولي عقد المحلل فانها تحل للاول واذا اجاز من غير الكفو على ظاهر المذهب
فللولي ان يفرق بينهما على ما نذكره في فصل الكفاءة ان شاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد بعبارة النساء اصلا اصيلة كانت او وكيلة **قوله**
لان النكاح شروع في الاستدلال لقول الشافعي ومالك رحمه الله وهو ان النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته ولا يتحقق
ذلك مع كل زوج والتفويض اليهن مخل بهذه المقاصد لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار فيخترن من لا يصلح خصوصا عند غلبة الشهوة وهو
غالب حالهن فصارت الانوثة مظنة قصور الراي لما غلب على طبعهن مما ذكرنا فاستلزم هذا التقرير كونها علة ثبوت الولاية في النكاح الانوثة ولا شك انه قاصر عن
عموم الدعوى فانها لو عقدت باذن الولي لها في رجل معين كقول محمد لا يصح عندهم والوجه المذكور لا يشمله ونحن نمنع علية الانوثة ونهيها عن المباشرة
كيلا تنسب الى الوقاحة بل العلة الصغر على ما سنبين والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبة ولا يناط الحكم بالانوثة اذ ليست ملزومة دائما
ولا غالبا كما هو شان المظنة ومجرد الوقوع احيانا لا يوجب المظنة واذا وجد فللولي رفعه وكون ولي يحتشم عن ذلك قليل بالنسبة الى من يقوم
في دفع العار المستمر عن نفسه فوقوع المفسدة قليل وتقريرها بعد وقوعها قليل في قليل فانتفت المظنة وبقي انها تصرفت في خالص حقها وهي
من اهله لكونها عاقلة بالغة ولهذا كان لها اختيار الازواج فلا تزوج ممن لا ترضاه ثم استشعر ان يورد عليه منع انه خالص حقها والا لم يطالب الولي بالزواج انما
يطالب كيلا تنسب الى الوقاحة وهذا الكلام على التنزل هو غير مفيد الا الوساوس وهو منتف فان له ادلة اخرى سمعية هي المعول عليها وهي قوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن
ازواجهن نهى الاولياء عن منعهن من نكاح من يختبرنه وانما يتحقق المنع ممن في يده الممنوع وهو الانكاح وما في السنن عن عائشة رضي الله عنها قال صلى الله عليه وسلم
ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل حسنه الترمذي وقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي رواه ابن داود
والترمذي وابن ماجة واحاديث اخر في ذلك والجواب اما الآية فمعناها الحقيقي النهي عن منعهن عن مباشرة النكاح هذا هو حقيقة لا تمنعوهن ان
ينكحن اذا اريد بالنكاح العقد هذا بعد تسليم كون الخطاب للاولياء والا فقد قيل للازواج فان الخطاب معهم في اول الآية واذا طلقتم النساء فلا
تعضلوهن اي لا تمنعوهن حبسا بعد انقضاء العدة ان يتزوجن ويوافقها قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره لانه حقيقة اسناد الفعل الى الفاعل
واما الحديث المذكور وما معناه من الاحاديث فمعارضة بقوله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها رواه مسلم وابو داود والترمذي
والنسائي ومالك في الموطأ والايم من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا في كتاب الامثال لابي عبيد في امثال اكثم بن صيفي كل ذات بعل ستئيم
يضرب ليحول الزمن باهله وانشد قول الاول افاطم اني هالك فتبيني ولا تجزعي كل النساء تئيم وجه الاستدلال انه اثبت لكل منهما ومن
الولي حقا في ضمن قوله احق ومعلوم انه ليس للولي سوى مباشرة العقد اذا رضيت وقد جعلها احق منه به وبعد هذا اما ان يجري بين هذا الحديث
وما رووا حكم المعارضة والترجيح او طريقة الجمع فعلى الاول يترجح هذا بقوة السند وعدم الاختلاف في صحته بخلاف الحديثين فانهما اما ضعيفان

الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا ينتسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو

لكن للولي الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو لانه كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما

فحديث لا نكاح الا بولي مضطرب في اسناده في وصله وانقطاعه وارساله قال الترمذي هذا حديث فيه اختلاف وسمي جماعة منهم اسرائيل وشريك رووه عن ابي اسحق عن ابي بردة عن ابي موسى الاشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه اسباط بن محمد وزيد بن حبان عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة عن ابي موسى ورواه ابو عبيدة الحداد عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة ولم يذكر فيه عن ابي اسحق فقد اضطرب في وصله وانقطاعه وقد روى شعبة وسفيان الثوري عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم وهذا اضطراب في ارساله لان ابا بردة لم يره صلى الله عليه وسلم وشعبة وسفيان اضبط من كل من تقدم قال واسنده بعض اصحاب سفيان عن شعبة ولا يصح ثم استدل لشعبة قال سمعت سفيان الثوري يسأل ابا اسحق سمعت ابا بردة يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي قال نعم ولا يخفى ان هذا الكلام الزامي اما على رأينا فلا يضر الارسال وحديث عائشة رض عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة وقد انكره الزهري قال الطحاوي ذكر ابن جريج انه سأل عنه ابن شهاب فلم يعرفه حدثنا بذلك ابن ابي عمران ثنا يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج بذلك واما حسان فبناء على ان الاصح في الاول صله لان الوصل والرفع مقدمان على الوقف والارسال عند التعارض على الاصح وان كان شعبة وسفيان احفظ من غيرهما لكن حكاية شعبة تفيد انهما سمعاه من ابي اسحق في مجلس واحد ظاهرا وغيرهما سمعوه منه في مجالس وفي الثاني ان الثقة قد ينسى الحديث ولا يعد قادحا في صحته بعد عدالة من روى عنه وثقته ولذلك نظائر اشهرها ما روى ان ربيعة ذكر لسهيل بن ابي صالح حديثا فانكره فقال له ربيعة انت حدثتني به عن ابيك فكان سهيل يقول بعد ذلك حدثني ربيعة عني اللهم الا ان يقال هذا في عدم التكذيب اما اذا كذبه بان يقول ما رويت ذلك فنصوا في الاصول على رده وفي حكاية ابن جريج ايماء الى ذلك في رواية ابن عدي في الكامل اياها في ترجمة سليمن بن موسى حيث قال قال ابن جريج فلقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه فقلت له ان سليمن بن موسى حدثنا به عنك قال فاثنى على سليمن خيرا وقال اخشى ان يكون وهم علي انتهى فهذا اللفظ في عرف المتكلمين من اهل العلم يفيد معنى نفيه بلفظ النفي واما ما ضعفه به من ان عائشة رضي الله عنها راوية عملت بخلافه على ما في الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عائشة رض انها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلي يفتات عليه في بناته فكلمت عائشة رض المنذر بن الزبير فقال ان ذلك بيد عبد الرحمن وقال عبد الرحمن ما كنت لارد امرا قضيته فاستقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا فاول على معنى انها اذنت في التزويج ومهدت اسبابه فلما لم يبق الا العقد اشارت الى من يلي امرها عند غيبة ابيها ان يعقد يدل على ذلك ما روي عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه قال كانت عائشة رض تخطب اليها المرأة من اهلها فتشهد فاذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض اهلها زوج فان المرأة لا تلي عقد النكاح وفي لفظ فان النساء لا ينكحن اسنده البيهقي عنه وعلى كلا التقديرين فالمقدم لا يصح وهو ما رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطا وهو ما اسند للثابت وعلى الثاني وهو اعمال طريقة الجمع فبان يحمل عمومه على الخصوص وذلك شائع وهذا يخص حديث ابي موسى بعد جواز كون النفي للكمال والسنة وهو محمل قولها فان النساء لا تلي ولا ينكحن في رواية البيهقي بان يراد بالولي من يتوقف على اذنه اي لا نكاح الا بمن له ولاية لينفي نكاح الكافر المسلمة والمعتوهة والامة والعبد ايضا لان النكاح في الحديث عام غير مقيد وعلى هذا التاويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولي وهو ما قدمناه من رواية ابن حبان في فصل الشهادة ويخص حديث عائشة بمن نكحت غير الكفو والمراد بالباطل حقيقته على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كفو او حكمه على قول من يصححه ويثبت للولي حق الخصومة

ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي رحمه الله له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح

في فسخه كل ذلك شائع في اطلاق النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة بينها على انه يخالف مذهبهم فان مفهومه اذا نكحت نفسها باذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم والله سبحانه اعلم فثبت مع المنقول الوجه المعنوي وهو انها تصرفت في خالص حقها وهو نفسها وهي من اهله كالمال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الاولى **قوله لا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح** معنى الاجبار ان يباشر العقد فينفذ عليها شاءت او ابت ومبنى الخلاف ان علة ثبوت ولاية الاجبار اهو الصغر او البكارة فعندنا الصغر وعند الشافعي البكارة فانبنى على هذا ما اذا زوج الاب الصغيرة فدخل بها او طلقت قبل البلوغ لم يجز للاب تزويجها عنده حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة وعندنا له تزويجها لوجود الصغر وحاصل وجه قوله انه الحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة في ثبوت ولاية اجبارها في النكاح بجامع الجهل بامر النكاح وعاقبته ونحن نمنع ان الجهل بامر النكاح هو العلة في الاصل بل هو معلوم الالغاء للقطع بجواز عقد البيع والشراء ممن جهله لعدم الممارسة مع ان الجهل منتف لانه قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه وبهذا سقط ما يمكن ان يقال لكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المجردة ان وجدت على المختار بل تعليق الحكم في الاصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن اهلية ان يرجع اليه في رأي او ان يلتفت اليه في امر ونهي هذا الذي ظهر اثره في التصرفات من البيع والشراء والاجارة والاقتصار وغيرها من سائر التصرفات اتفاقا على ان الخلاف في الحكمة المجردة الظاهرة المنضبطة وظاهر كلام الفريقين هناك ان ذلك لم يتحقق في الشرع بعد ثم لا يخفى ان الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الاشخاص فلا يعتبر اصلا بل المظنة والكلام فيها هي البكارة او الصغر فقلنا الصغر اما البكارة فمعلوم الالغاء بما من الصريح والدلالة ونوع من الاقتصار ومقصود الشرح اما الصريح ففي سنن ابي داؤد والنسائي وابن ماجه ومسند الامام احمد من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان جارية بكرا اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وهذا حديث صحيح فانه عن حسين ثنا جرير عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما وحسين هو ابن محمد المروزي احد المخرج لهم في الصحيحين وقول البيهقي انه مرسل لرواية ابي داؤد ونقل ابن ابي حاتم عن ابيه تخطئة الوصل لرواية حماد بن زيد وابن علية عن ايوب عن عكرمة من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن ايوب عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ونسبته الوهم في الوصل الى حسين لانه لم يروه عن جرير غيره مردود اما اولا فلتجيئه المرسل الصحيح واما ثانيا فقد تابع حسينا على الوصل عن جرير سليمن بن حرب كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادي قال فبرئت عهدته يعني حسينا وزالت تبعته ثم اسند عنه قال ورواه ايوب بن سويد كذا عن الثوري عن ايوب موصولا وكذا رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن ايوب فزال الريب وصار الحاصل ان عكرمة قال مرة ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه وسلم فارسل وذكره مرة او مرارا بواسطة بينه وبين النبي صلى الله عليه وسلم ولا بدع في ذلك قال ابن القطان حديث ابن عباس رضي الله عنهما هذا صحيح وليست هذه خنساء بنت خذام التي زوجها ابوها وهي ثيب فكرهته فرد النبي صلى الله عليه وسلم نكاحه فان هذه بكر وتلك ثيب انتهى على انه روي ان خنساء ايضا كانت بكرا اخرج النسائي في سننه حديثها وفيه انها كانت بكرا ورواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت انكحني ابي وانا كارهة وانا بكر فشكوت ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم الحديث لكن رواية البخاري تترجح قال ابن القطان والدليل على انهما ثنتان ما اخرجه الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر انكحهما ابوهما وهما كارهتان قال ابن القطان وتزوجت خنساء من هويته وهو ابو لبابة بن عبد المنذر صرح به في سنن ابن ماجه فولدت له السائب بن ابي لبابة انتهى هذا الحديث وان كان فيه اسحق بن ابراهيم بن جرير الطبري وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن الذماري فقد رواه عنه ايضا ابو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصنعاني في

لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها وله انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية اجبار
والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال

ورواه الدارقطني الدارمي نفسه عن الثوري وصوب ارساله عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلا وعلى كل حال يتم به المقصود والذي سقناه له واخرج الدارقطني عن شعيب بن اسحق عن الاوزاعي عن عطاء عن جابر ان رجلا زوج ابنته وهي بكر من غير امرها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما وهذا عن جابر ورواه شعيباني رفعه قال والصحيح انه مرسل وبه يتم مقصودنا اما انه حجة واما لانا ذكرناه للاستشهاد والتقوية للاحاديث الآخر رويت عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم وان تكلم فيها واما ما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم الثيب احق بنفسها من وليها والبكر يستامرها ابوها في نفسها باعتبار انه خص الثيب بانها احق فافاد ان البكر ليست احق بنفسها منه فاستفاده ذلك بالمفهوم وهو ليس بحجة عندنا ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذي ذكرناه من رده ولو سلم فنفس نظم الباقي الحديث يخالف المفهوم وهو قوله والبكر يستامرها الى آخره اذ وجوب الاستيمار على ما يفيده لفظ الخبر مناف للاجبار لانه طلب الامر او الاذن وفائدته الظاهرة ليست الا ليستعلم رضاها او عدمه فيعمل على وفقه هذا هو الظاهر من طلب الاستيذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم ولو عارضه والحاصل من لفظ اثبات الاحقية للثيب بنفسها مطلقا ثم اثبت مثله للبكر حيث اثبت لها حق ان تستامر وغاية الامر انه نص على الاحقية لكل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كانه قال الثيب احق بنفسها والبكر احق بنفسها ايضا غير انه افاد احقية البكر باخراجه في ضمن اثبات حق الاستيمار لها وسببه ان البكر لا تخطب الى نفسها عادة بل الى وليها بخلاف الثيب ولما كان الحال انها حق بنفسها وخطبتها تقع للولي صرح بايجاب استيمارها اياها فلا يفتات عليها بتزويجها قبل ان يظهر رضاها بالخاطب ويعضد هذا المعنى الرواية الاخرى الثابتة في صحيح مسلم وابي داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطا الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستاذن في نفسها واذنها صماتها والايم من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا على ما ذكرناه قريبا فانها صريحة في اثبات الاحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستيذان وذلك لما قلنا من السبب به تتفق الروايتان بخلاف ما مشوا عليه فانه اثبات المعارضة بينهما وتخصيص المنطوق وهو الايم لاعمال المفهوم مع ان باقي نفس رواية الثيب ظاهرة في خلاف المفهوم على ما قررناه في صحيح الرد الذي صح عنه صلى الله عليه وسلم كما مر فلا يجوز العدول عما ذهبنا اليه في تقرير الحديث خصوصا وهو جمع ظاهر بطريق الحمل والتخصيص ولا يؤيده قاعدة لغوية ولا اصلية وفي سنن النسائي عن عائشة رضي الله عنها ان فتاة دخلت عليها فقالت ان ابي زوجني ابن اخيه ليرفع خسيسته وانا كارهة قالت اجلسي حتى ياتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته فارسل الى ابيها فجعل الامر اليها فقالت يا رسول الله قد اجزت ما صنع ابي وانما اردت ان اعلم النساء ان ليس الى الآباء من الامر شيء وهذا يفيد بعمومه ان ليس له المباشرة حقا تاما بل الاستحباب فيه ودليل من جهة تقريره صلى الله عليه وسلم قولها ذلك ايضا وهو حديث حجة وما قيل هو مرسل ابن ابي بريدة فالمرسل حجة وبعد التسليم فليس بصحيح فان سند النسائي ثنا زياد بن ايوب عن علي بن غراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله بن بريدة ورواه ابن ماجه ثنا هناد بن السري ثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن ابيه قال جاءت فتاة وحمله على ان ذلك لعدم الكفاءة خلاف الاصل مع ان العرب انما يعتبرون في الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها واما الدلالة فلا ولاية له ان يتصرف في اقل شيء من مال البكر البالغة الا باذنها وكل المال دون النفس فكيف يملك ان يجبرها على من هو ابغض الخلق اليها ويملكه رقها ومعلوم ان ذهاب جميع مالها اهون عليها من ذلك وهذا مما ينبو عنه قواعد الشرع واما الاقتضاء فجميع ما في الستة من الصحاح والحسان المصرحة باستيذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا اذنها كما في حديث ابي هريرة رض لا تنكح البكر حتى تستاذن الحديث وسياق الكل يفيد فائدة الامر على وفقه لاستحالة ان يكون الغرض من استيذانها ان تخالف فلو كان الاجبار ثابتا لزم ذلك ودعوى الامر بالاستيذان عرا الفائدة بل لزمت الاستحالة ولما لم يكن الاقتضاء المصطلح فانما فيه ما تقدم انه نوع سنة فظهر ظهورا لا مرد له ان ايجاب استيذانها صريح في نفي اجبارها والولاية

وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال فاذا استاذنها الولي فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عليه السلام البكر تستامر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جهة الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضاء من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا

عليها في ذلك والتحقيق مقصود شرعية العقد فان العقد من شرعية انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى ولا يتحقق هذا مع ثبوت المنافرة
فاذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب ان لا يجوز لانه عقد لا يترتب عليه فائدته ظاهرا اذا لم يمكن ذلك ظاهرا ثم لا يظهر لبعد العقد والله
سبحانه اعلم قوله وانما يملك الاب الخ يعني ان العادة جرت بقبض الآباء اصدقة الابكار ليجهزوهن من اموالهم مع تجهيز معارضة البنات في ذلك الا ما يمنعهن الاستحياء
البنات من المطالبة والاقتصار فكان الاذن منهن ثابتا دلالة نظرا الى ما ذكرنا فيبرأ الزوج بدفعه اليه الا ان يوجد نهيها صريحا لان الدلالة لا تعتبر مع التصريح
بخلاف متعلقها من غير قبض الاب صداقها انه لا يملك الا قبض المعجل حتى لو كانت بينا الاجل قبض المؤجل لانه استدلال والعادة قال الحلواني في هذا
علمائنا وعن ... انهم جوزوا وهذا رفق بالناس وفي الفتاوى الصغرى وان قبض الشيء بعينه المعجل لا يجوز الا في ... جرت العادة
بذلك كما في رساتيقنا يأخذون بعض المهر ضيعا جاز اذا كانت كبيرة بكرا ... كانت ... وفي المختار ... الاب ...
وفي النوازل وان كان في بلد ... قبض الضياع ... المهر ... العرف ... والاب ان يطالب بالمهر
ان كانت الزوجة صغيرة لا تتمتع بها بخلاف النفقة لانها جزاء الاحتباس ... وجوب المهر حكم ... الاب كالاب لا يملك ... قبض المهر ولا الام
الا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة حتى لو قبضت الام بلا وصاية فكبرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الام ... النفقة ... وللقاضي
قبض صداق البكر صغيرة كانت او كبيرة الا اذا نهت ولو طلب الام مهرها اعني البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها اعني فلا تملك قبضه لانها خرجت عن حكم
الابكار وقال الاب بل هي بكر في منزلي فالقول قول الاب لان الزوج يدعي خلاف ... للابنة فان قال الزوج حلفه انه لم يعلم اني دخلت بها قال العبد
يحتمل ان يحلف وهو جواب لان الاب لو اقر بذلك صح اقراره في حق نفسه حتى لم يكن له ان يطالب بالمهر وكان المطالبة للبنت وكانت تحليف مفيدا ورايت
في ادب القصاف انه لا يحلف ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للاب والابنة تنكر ان الاب قبضه ان كانت البنت بكرا صدقت الاقرار صدق ...
فالان اقراره حالة البكارة في حال ولاية قبضه بخلاف حال الثيوبة والمشكل عدم تصديقه حال الثيوبة اذا كانت كبيرة فلو كانت صغيرة صدق
ولو تزوجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطلبت المهر فقال الزوج دفعت الى ابيك وانت صغيرة وصدقه الاب لا يصح اقراره عليها اليوم ولها ان تأخذ المهر
من الزوج وليس للزوج ان يرجع على الاب لانه ... القبض الان حال ... المراهقة ... ان ابرئك من صداق ابنتي ... له
ان يرجع عليه اذا انكرت قوله فاذا استاذنها فسكتت الخ ظاهر حكمها ودليلها والمراد بالسكوت الاختياري فلو اخذها سعال او عطاس او اخذ فمها
فخاصمت فردت ارتد ولا فرق بين العلم والجهل في التجنيس ... وصلى ابوها فسكتت ... ان السكوت رضا جاز ولو قيست يكون
اذنا في الصحيح وما حكاه بقوله وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا اختير للفتوى
وعن ابي يوسف في البكاء انه رضى لانه لشدة الحياء وعن محمد رد لانه وضع لاظهار الكراهة والمعول اعتبار قرائن الاحوال في البكاء والضحك فان
تعارضت او اشكل احتيط وعن هذا اعتبر بعضهم من ان دموعها ان كانت حارة فهو رد او باردة فهو رضا لكنه اعتبار قليل الجدوى وعندي انما الاحساس
بكيفية الدمع لا يتهيأ الا لحذاق الباكي ولو ذهب الانسان يحسه لا يدرك حقيقة المقصود وليس يمنا ولا يطمئن القلب الى انه كذا وذكر شيخ الاسلام وغيره مسائل
اعتبر السكوت فيها رضى منها ابزره وضممت اليها ما تيسر وقد جمعتها في هذه الابيات تسهيلا لحفظها سكوت بكر في النكاح وفي قبض الابين صداقها اذن
قبض المملك والمبيع ولو في فاسد واذا اشترى ... وكذا الصبي ... اذا كان المبايع كذا ... كالاسير ... ابو الوليد اذا نقض الزوج

قال وان فعل هذا غير الولي يعني استأمر غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضاً حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه

وعقيب شق الزق او حلف ينفي به الاسكان اذا ظنوا به وعقيب قول مواضع يميني او وضع مال زاله بزنوا به وبلوغ جارية وزوجها غير الاب بذلك قد سوّا وكذا الشفيع وذو الجهالة في النسب شراه من به صفن وواذا يقول لغيره فسكت هذا متاعي لبعه باسمن وواذا راى ملكا يباع له وتصرفوا زمنا فلم يدن به قولي سكوت بكر يشمل ما قبل النكاح وما بعده اعني اذا زوجها قبلها فسكت تولي قبض الملك يدخل فيه الموهوب والمتصدق به اذا قبضا برأى من الملك فسكت كان قبضا معتبرا يثبت به الملك وكذا المبيع ولو في بيع فاسد اذا قبضه المشتري برأى من البائع فسكت صح فيسقط حق حبس البائع اياه الى استيفاء الثمن فليس له ان يسترده وبل يطالب بالثمن وفي كتاب الاكراه لا يكون اذنا صحيحا في الفاسد واذا اشترى قن يعني اذا اشترى العبد شيئا بحضرة سيده فسكت كان اذنا قال الحلواني لكن نفس ما وقعت الرؤية فيه لا يجوز بل ما بعده والصبي اذا اشترى او باع برأي من وليه فسكت كالعبد وذو التشرى اي المشتري عبدا اذا كان له الخيار فراى العبد يبيع ويشتري فسكت سقط خياره لان الاذن فرع نفاذ البيع ومولى الاسير اي العبد الذي اسر اذا ظهر على دار الحرب فوقع في سهم مسلم كان مولاه احق به بالقيمة فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له ان يأخذه وابو الوليد اذا سكت عند تهنئة حتى مضت ايام التهنئة على الخلاف في مقدارها هو الاسبوع او مدة النفاس لزمه فلا ينتفي بعد والسكوت عقيب شق رجل زق رجل حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال وعقيب يحلف على ان لا اسكن فلانا وفلان ساكن فيحنث فان قال عقيبه اخرج فابى لم يحنث وعقيب قول مواضع اي رجل واضع غيره على ان يظهر بيع تلجئة ثم قال بدا لي جعله بيعا تافذا المسمع من لا آخر فسكت كان نافذا وعقيب رجل وضع متاعه بحضرته وهو ينظر اليه يكون قبولا للوديعة فيلزمه حفظها وتقصن بتركه والشفيع اذا بلغه بيع ما يشفع فيه فسكت كان تسليما وذو الجهالة مجهول النسب اذا بيع فسكت فهو اقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية الا ببينة زاد الطحاوي رح في اعتبار سكوته رضاً وقيل له قم مع سيدك فقام وواذا يقول رجل لغيره بع متاعي فسكت ثم باعه بعد يكون سكوته قبولا للوكالة لا يبع استحسانا وليس من فروع هذه ما في الجوامع لو استأمر بنت عمه لنفسه وهي بكر بالغة فسكتت فزوجها من نفسه جاز لانه صار وكيلا بسكوتها واذا راى ملكا له منقولا او عقارا يباع فسكت حتى قبضه المشتري وتصرف فيه زمانا سقط دعواه اياه ذكره في قنية الفقهاء وغيرها بخلاف ما لو كان سكوته عند مجرد البيع فانه لا يكون رضا واعتبر اقاربا ن لا حق له فيه عندنا خلافا لابن ابي ليلى والتي زوجها ممسكة للوديعة والاستقراء يفيد عدم الحصر وهذه المشهورة لا المحصورة

قوله وان فعل هذا اي الاستيذان غير ولي بان كان الاب كافرا او عبدا او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كالاخ مع الاب لم يكن سكوتها ولا ضحكها رضى بل نطقها به وهذا يشمل رسول الولي فاخرجه آخرا بقوله بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه سكوتها عند استيذانه رضا وعن الكرخي رح يكفي سكوتها وان كان المستأمر اجنبيا لان استحياءها منه اكثر منه مع الولي قلنا السكوت فيه لظاهر آخر وهو قلة الالتفات الى كلامه فصار محتملا على السواء فلم يقع دلالة على الرضا الا للحاجة وهي تندفع باعتباره مع الاولياء لانهم هم المزوجون غالبا فكان اعتباره في محل الحاجة بخلاف غيرهم اذ لا يعتبر المحتمل في غير محل الحاجة وانما كان حاجة لانها لا تنطق فلو لم يكتف بالمحتمل تعطلت مصالحها وهذا يقتضي انه مع الاولياء ايضا محتمل على السواء وبنا فيه قوله لان جنبة الرضا فيه راجحة فكان الاولى الاقتصار على قوله فلم يقع دلالة على الرضا وقال المص ولو وقع كان محتملا ظاهر العبارة ولو وقع دلالة كان محتملا ان اراد احتمالا مساويا لم يصح جعله دلالة وان اراد مرجوحا كان الرضا مظنونا فهو دلالة فيكون كافيا مطلقا لا يتقيد بحال كون المستأمر وليا فان قيل اشكل على هذا الحكم المذكور اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اذنها ان تسكت ونحوه من غير تقيد بكون المستأمر وليا قلنا يتقيد بالعرف والعادة وهي ان المستأذن للبكر ليس الا الولي بل لا يخلص اليها غيره **قوله** ويعتبر في الاستيمار اي يعتبر لكون السكوت رضا في الاستيمار تسمية الزوج على وجه يقع به المعرفة لها اما باسمه

ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه ولو زوجها فبلغها
الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف
ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا

كان زوجك من فلان او فلان او في ضمن العام لا كل عام نحو من جيراني وبني عمي وهم محصورون معروفون لها لان عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا
معارض بخلاف من بني تميم او من رجل لانه عدم التسمية يضعف الظن ولو زوجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه والاصح الصحة وينبغي تقييده بما اذا كان
الزوج حاضرا او عرفته قبل ذلك ولو زوجها بحضرتها بغير كفو فسكتت لم يكن رضا في قول محمد بن سلمة وهو قول ابي يوسف ومحمد قال الفقيه ابو الليث
وهو يوافق قولهما في الصغيرة قوله ولا يشترط تسمية المهر اي في كون السكوت رضا وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة والصحيح
الاول لان النكاح صحت بدونه وصحح في شرح الوافي ان المزوج ان كان لاب او الجد لا يشترط والا يشترط لان الاب لو نزل عن مهر المثل لا يكون الا لمصلحة
تربو عليه فان سمى المهر اقل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا انتهى والاوجه الاطلاق وما ذكر من التفصيل ليس بشيء لان ذلك في تزويجه الصغيرة بحكم الجبر والكلام
في الكبيرة التي وجبت مشاورتها والاب في ذلك كالاجنبي لا يصدر عن شيء من امرها الا برضاها غير ان رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه
رضا ومقتضى النظر ان لا يصح بلا تسمية المهر لها لجواز كونها لا ترضى الا بالزائد على مهر المثل بكمية خاصة فما لم تعلم ثبوتها لا ترضى وصحة العقد بلا تسمية هو فيما
اذا رضيت بالتفويض وقنعت بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت وكون الظاهر من الاب ان لا يترك الا لما يربو عليه لا يقتضي رضاها بتركه
لذلك المصلحة فقد لا تختار ذلك والكلام في البكر الكبيرة والمسئلة المعروفة فيه من قول ابي حنيفة انما هو في الصغيرة اما الكبيرة فنفاذ تزويج الاب
موقوف على رضاها كالوكيل غير ان سكوتها جعل دلالة شرعا فاذا عارضه ترك التسمية او تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه للرضا او لخوف الرد عليه
مع عدمه فلا يثبت الرضاء به وفي غيره ليس الاحتمال متساويا بل الراجح جنبة الرضا مما اكتفي الا بالمظنون على ما ذكرناه آنفا وقد يقال سكوتها اذا لم
يسم لها الولي مهرا مع علمها بانه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها التفويض ورضا بمهر المثل وبكل مهر لكن يدفع بان علمها بان سكوتها مع عدم التسمية بكل مهر هو
محل النزاع فلا يلزم علمها وفي التجنيس في باب ما يكون رضا واجازة اذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكتت ان وهبها يعني فوضها ينفذ النكاح فان زوجها بمهر
مسمى لا ينفذ لانه اذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به واذا سمى مهرا فتمامه به ايضا انتهى وهو فرع اشتراط التسمية في السكوت ليكون رضا وتجب كون الجواب في المسئلة الاولى
مقيدا بما اذا علمت بالتفويض تفريعا على القول الآخر قوله ولو زوجها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا من انها ان سكتت او ضحكت بلا استهزاء او بكت بغير صوت
فهو رضا والا فلا وقال ابن مقاتل لا يكون السكوت بعد العقد رضا لان كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص والاجماع... الاجازة والسكوت لا يكون اجازة لانه ليس
في معنى المنصوص فان السكوت عند الاستيمار ليس ملزما وبعده اذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت وعن ابي يوسف رح السكوت بعد العقد
رد ذكره في البدائع قال وهو قول محمد رح والاصح الاول لان وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده فلما كان اذنا قبله لدلالته على الرضا وجب
ان يكون اجازة بعده لدلالته عليه ولا اثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على ان الحق انه ملزم في كل منهما غير انه في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال
وقبله يتوقف على التزويج من المستاذن فان قيل يوجه قول ابن مقاتل ورواية ابي يوسف بالنص وهو رواية الائمة الستة عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه
وسلم قال لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال ان تسكت فهذا صريح في منع النكاح قبل الاستيذان فالجواب ان
الاتفاق على انها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقا جاز النكاح مع انه متناول ظاهر النهي فعلم ان الاتفاق على ان المراد بالنهي ان المنع عن تنفيذ العقد عليها
واجبارها قبل اذنها وانما الخلاف في ان الاجازة بعد العقد بماذا يكون فقلنا دل النص على كونها بما كان الاذن به قبله ولا يعارضه النهي المذكور بعد الاتفاق
على ان المراد منه ما ذكرنا وعلى هذا فرعوا انه لو استاذنها في غير معين فردت ثم زوجها منه فسكتت جاز على الاصح بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت رضيت

وإذا استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولأن النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها وإذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الأبكار لأنها بكر حقيقة لأن مصيبها أول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولأنها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبها عائد إليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولأبي حنيفة رحمه الله أن الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها

حيث لا تجوز لأن العقد يبطل بالرد والرضا بعد ذلك لعقد مفسوخ ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما إذا زوج قبل الاستئذان إذ غالب حالهن إظهار النفرة عند فجأة السماع هذا والأوجه عدم الصحة لأن ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريد ولم تزد على هذا تجوز النكاح للإخبار بأنها قالت لا أريد فيما مضى ولو زوجها وليان متساويان كل من واحد فسكتت فعن محمد رحمه الله بطلا كما لو أجازتهما معا [illegible] سكتت رضا وظاهر الجواب أنهما يتوقفان حتى تجيز أحدهما بالقول أو بالفعل ونقله في البدائع عن محمد رحمه الله ففيه روايتان ولو زوجها من رجل فبلغها فردت ثم قالت في مجلس آخر لما قال لها إن أقواما يخطبونك أنا راضية بما فعل فزوجها من الأول لا ينفذ عليها إلا بإجازة مستقبلة لأن [illegible] إذا رغبت عن فلان فإن أقواما آخرين يخطبونك فلا يعرف رضاها الآن إلى ما يعم الأول هذا لكن طلق امرأته ثم قال للرجل في كريب [illegible] فزوجني بامرأة [illegible] ثم قبل [illegible] اشترى له الأول إلا [illegible] ولو زوجها فبلغها فقالت لا أريد النكاح فهو رد على الأصح وقولها غيره أحب إلي قبل العقد رد وبعده إذن لأنه محتمل فلا يجوز قبل النكاح بالشك ولا يبطل بعده بالشك كذا في الواقعات وقولها ذاك إليك إذن وقولها أنت أعلم إذن لأنه [illegible] قولها أو [illegible] بالقارسية تو بد اني ولو استأذنها فقالت لا يكون إذنا لأنه قد يذكر للتعريض لعدم المصلحة فيه وحقيقته تو بد اني أنت بالصلاح أنيرداها الحسن علم بهذا اختيار الفقيه أبو الليث بخلاف قولها ذاك إليك فإنه إذن لأنه إنما يذكر للتوكيل ولا يخفى أن مسألة غيره أحب مشكلة والحق ضعف قوله لا يبطل بعده بالشك لأن ذلك إنما يتم بعد الصحة وهو بعد الإذن **قوله** وله نظائر كإخبار الوكيل بالعزل والمأذون بالحجر والمولى بجناية عبده ليكون بيعه واعتاقه اختيارا للفداء والشفيع ببيع ما يشفع فيه وبفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الأحكام على المسلم الذي لم يهاجر في دار الحرب إن كان المخبر رسولا لا يشترط اتفاقا ولو فاسقا أو عبدا لأنه قائم مقام المرسل فإخباره كإخباره وإن فضوليا فعلى الخلاف عنده يشترط في لزوم الحكم العدد أو العدالة في الواحد فأو خبر غير المهاجر بحكم شرعي لا يثبت في حقه إلا باثنين أو عدالة الواحد **قوله** وإذا استأذن الثيب أي الكبيرة أما الصغيرة فلا استئذان في حقهما أصلا أي البكر الصغيرة فلا بد من رضاها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ولا تكون المشاورة إلا بالقول لأنها طلب الرأي ثم هي مفاعلة فيقتضي وجوده من الجانبين [illegible] الحاكم والدليل نظرا إلى الدليل فإن عدم دلالته على لزوم القول سلمنا أن المشاورة طلب الرأي لكن لا نسلم أنه [illegible] إلى [illegible] الرأي [illegible] اللسان [illegible] لزوم القول في حق الغالب ضروري لا مفهوم اللغة وحيث يكون المشاورة تستدعي جوابا باللفظ ممنوع [illegible] بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة رضي الله عنه السابق لا تنكح الأيم حتى تستأمر والأمر بالقول لا بغيره وما في السنن من حديث ابن عباس رضي الله عنهما والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها أجيب بأنه خرج عن حقيقته بنا بقرينة قوله وإذنها صماتها ولم يوجد مثلها في الثيب فيجب حقيقته والفرج من هذا قوله في حديث آخر والثيب يعرب عنها لسانها لكن يشكل عليه أن الحكم في المذهب خلافه وهو النظر الثاني بل إنما يكتفى برضيت وبارك الله لنا وأحسنت وبالدلالة بطلب المهر والنفقة وتمكينها من الوطء وقبول التهنئة [illegible] فرق سوى أن سكوت البكر رضى بخلاف الثيب لا بد في حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت والحق أن الكل من قبيل القول إلا التمكين [illegible] القول **قوله** وإذا زالت بكارتها إلخ إذا زالت بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس [illegible] من القيم [illegible] وخرق بين سبيلها أو [illegible] الاتفاق وكذا إذا فارقها الزوج بجب أو عنة أو طلقها قبل الدخول وهو بعد الخلوة [illegible] حكم الخلوة والدخول وكذا إذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لأنها في هذه الصور كلها بكر حقيقة لأنه لم يصبها مصيب [illegible] حيث ترددوا في حصرت زوال البكارة بوثبة ونحوها فلو كانت بكرا لم ترد

واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتّ وقالت بل رددتُ فالقول قولها وقال زفر رح القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودَع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نوّر دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسيأتيك في الدعوى ان شاء الله

والجواب ان البكر يقال على من لم يمسها معيب ومنه الباكورة لاول الثمار والبكرة لاول النهار وعلى العذراء وهو اخص اذ هي من لم يمسها معيب ومن افرادها قائمة العذرة فهو متواطئ وحمل على هذا الفرد في البيع المبني على المشاححة فترد لفوات العذرة وهي تلك الجلدة وعلى الاعم الاوسع في النكاح المبني على التوسعة وشدة التثبت حتى لزم من الهازل والمكره وبصيغة الامر بخلاف البيع على انه قد قيل اذا اعترف المشتري بان زوالها بوثبة لا ترد لان العادة لارادة العذرة في اشتراط البكارة في البيع فيتقيد بها وايضا لو اوصى لابكار بني فلان دخلت هذه وايضا الاستحياء قائم وانها علة منصوصة فيثبت الحكم في مواضع وجودها بالنص وفيه نظر لان الاستحياء حكمة نص عليها لا اناطة الحكم عليها لعدم انضباطها اذ لا شك في استحياء من زالت بكارتها بزنا اشد من العذراء لا تزوج كالبكر وهذا لان الحكمة وان كانت هي المقصودة من شرع الحكم لا يناط بها اذ كان فيها مراتب متفاوتة تتفاوت في تحققها في بعض المحال لا يناط الا بظاهر منضبط لكل مرتبة وهو المسمى بالمظنة فيثبت الحكم عند ثبوته من غير التفات الى الحكمة وجدت او عدمت ولو اعتبر حياء البكر لانه هو المنضبط اتحد الحاصل اذ يستلزم قيام البكارة في ثبوت الحكم وان زالت بزنا مشهور او بوطء بشبهة او نكاح فاسد وجبت كالثيبات اتفاقا وان زالت بزنا غير مشهور فهو محل الخلاف فعندهما والشافعي تزوج كالثيب وعنده كالبكر وجه قولهما انها ثيب حقيقة فان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة جزاء عمله يعود اليه والمثابة الموضع الذي يرجع اليه حتى تدخل في الوصية للثيبات من بنات فلان ولانها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق مخافة ان يعلم زناها حياء من ظهوره وذلك اشد من حيائها بكرا من اظهار الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر وهذا القيد لو كان الحياء مطلقا هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المتنازع فيه وبه يندفع جواب ما اورد من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الايم حتى تستأمر والثيب يعرب عنها لسانها من انه عام خص منه الثيب المجنونة والامة فتخص بما ذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود في المزنية ونفس المجيب صرح بعده في مسئلة ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة بان الايم من لا زوج لها وان كانت بكرا ثم نقل قول محمد رح لو اوصى لايامى بني فلان لا تدخل الابكار وصحح دخولهن كقول الكرخي لذلك والاولى ان الغرض ان الزنا غير مشهور ففي الزامها النطق اشاعة له فيعارض دليل الزامها النطق دليل المنع من اشاعة الفاحشة في هذه الصورة والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه وايضا الظاهر من مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضى البكر ظاهرا كما هو في امثاله لا في نفس الامر ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عند استئذانها انها الى الآن بكر ليكتفى بسكوتها ام لا بل اكتفى بالبناء على الاصل الذي لم يظهر خلافه والكلام هنا في ثبوته بزنا لم يظهر فيجب كونها بكرا شرعا ولذا قلنا لو ظهر لا يكتفى بسكوتها قوله اذا قال الزوج بلغك النكاح الخ صورته ادعى على بكر بالغة ان وليها زوجها منه قبل استئذانها فلما بلغها سكتت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا وقال زفر رح له لتمسكه بالاصل وهو عدم الكلام ونظير هذا الخلاف فيما اذا قال سيد العبد ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال العبد لم ادخل وكذبه المولى فالقول قول المولى عندنا وعنده للعبد وهذه العبارة اولى من قوله في المبسوط ان الخلاف في مسئلة النكاح بناء على الخلاف في مسئلة العبد اذ ليس كون احدهما بناء مبنى الخلاف في الآخر باولى من القلب بل الخلاف فيهما معا ابتداء ووجه قوله فيهما التمسك بالاصل المتبادر وهو عدم الدخول وعدم الكلام قياسا على المتفق عليه من ان المشتري بالخيار اذا ادعى بعد مدة الخيار رد البيع قبل مضيها وقال البائع بل سكت حتى انقضت فان القول للبائع اتفاقا للتمسك بالاصل والشفيع اذا قال علمت بالبيع امس وطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكت فالقول قول المشتري اما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له والزوجة صغيرة من الولي غير الاب والجد اذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغني الخبر بعد البلوغ او حين بلغت وكذبها الزوج فان القول له وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر سواء كان ذلك الظاهر هو الاصل بحسب ما يتبادر او بحسب المعنى ولا يخفى ترجح هذا الاعتبار واذا كان كذلك فقد

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك رحمه الله يخالفنا في غير الاب والشافعي رحمه الله في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي رحمه الله ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى

ادعى بدعواه سكوتها تملك بضعها من غير ظاهر معه وهي تنكره والظاهر الاستمرار على الحالة المتيقنة من عدم ورود ملك عليها الذي هو الاصل فكانت هي متمسكة بالاصل معنى هو الظاهر فكان القول لها كالمودع يدعي رد الوديعة والمودع ينكر فان القول لمدعي الرد وان كان مدعيا صورة لتمسكه بالاصل الظاهر وهو فراغ ذمته لكونه ظاهرا لا بكونه اصلا بخلاف مسئلة الخيار لان العقد ثبت صحيحا في الاصل وقد لزم بمضي المدة ظاهرا فالمتمسك بعدمه تمسك بالظاهر وكذا المزوجة صغيرة تدعي زوال ملكه بعد ما نفذ عليها حال صغرها يقينا والزوج منكر ومثله الشفيع ثم ان اقام الزوج البينة على سكوتها عمل بها لانها لم تقم على النفي بل على حالة وجودية في مجلس خاص يحاط بطرفيه او هو نفي يحيط به الشاهد فيقبل كما لو ادعت ان زوجها تكلم بما هو ردة في مجلس فاقاماها على عدم التكلم فيه تقبل وكذا اذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك كذا في الجوامع وان اقاما بينتها اولى لاثباتها الزيادة اعني الرد فانه زائد على السكوت ولو كان اقامها على انها رضيت او اجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما في الاثبات وزيادة بينته باثبات اللزوم كذا في الشروح وعزاه في النهاية للتمرتاشي وكذا هو في غير نسخة من الفقه لكن في الخلاصة نقلا عن ادب القاضي للخصاف في هذه المسئلة لو اقام الاب او الزوج البينة على الاجازة والمرأة على الرد فبينتها اولى فيحصل في هذه الصورة اختلاف المشايخ ولعل وجهه ان السكوت لما كان مما يتحقق الاجازة به لم يلزم من الشهادة بالاجازة كونها بامر زائد على السكوت ما لم يصرحوا بذلك فلم يحكم باستواء البينتين في الاثبات وهذا كله اذا كان قبل الدخول فلو قالت لم اجزه بعد الدخول لم تصدق على ذلك الا ان كانت مكرهة فالقول لها لظهور دليل السخط دون الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لانه لا يملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره في لزومه ايضا كذا في المبسوط ولو لم يكن للزوج بينة فذهب من عصمته من غير يمين تلزمها عند ابي حنيفة رح وعندهما عليها فان نكلت بقي النكاح عندهما وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء وزيد عليها دعوى الامة انها اسقطت مستبين الخلق فصارت ام ولد وجمعها في هذين البيتين نكاح وفيء ايلا ورق * ورجع ولاء ونسب * ودعوى امومية * فليس بها يمين وجب وسياتي في الدعوى صورها والفتوى على انها يحلف فيها وقيل يتامل القاضي في حال المدعي فان ظهر له منه التعنت قضى بقوله والا بقولها وفي الغاية معزيا الى فتاوى الخاص انه لو ادعى رجل على آخر انه زوجه بنته الصغيرة فانكر يحلف عند ابي حنيفة وفي الكبيرة لا اعتبارا بالاقرار فيهما واستشكل على قوله لان امتناع اليمين عنده لامتناع البدل لا لامتناع الاقرار الا ترى ان امرأة لو اقرت لرجل بنكاح نفذ اقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فانكرت فالاشبه ان يكون هذا قولهما **قوله** ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي لقوله تعالى واللائي لم يحضن فاثبت العدة للصغيرة وهو فرع تصور نكاحها شرعا فبطل به منع ابن شبرمة وابي بكر الاصم منه وتزويج ابي بكر عائشة رض وهي بنت ست نص قريب من المتواتر وتزويج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضي الله عنهم نص في فهم الصحابة عدم الخصوصية في نكاح عائشة رض **قوله** والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة فعنده لا ولي عليها احد حتى تبلغ فتزوج باذنها وقد ذكرناه وجه قول مالك رح ان الولاية على الحرة انما ثبتت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة الا ان ولاية الاب تثبت نصا بخلاف القياس لان اثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج ابي بكر عائشة رض وهي بنت ست والجد ليس في معنى الاب ليلحق به دلالة لقصور شفقته بالنسبة اليه ولذا يتقدم وصي الاب عليه فيقتصر على مورد النص قلنا بل هو موافق للقياس لان النكاح يراد لمقاصده ولا يتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبات ولاية الاب بالنص بعلة احراز الكفو اذا ظفر به للحاجة اليه اذ قد لا يظفر بمثله اذا فات بعد حصوله فيتعدى الى الجد وجه

ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام ووجه قوله في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلام النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية النكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب قال فان زوجهما الاب او الجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح

قول الشافعي رح ان التفويض الى غيرهما مخل بها القصور شفقة البعيد قرابة ودلالة الاجماع على اعتبار ما فيه من القصور سالبا للولاية وهو الاجماع على عدم ولاية في المال الابوية وهو ادنى من النفس فسلبها في النفس اولى ولما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر واليتيمة الصغيرة التي لا اب لها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم وفي الحديث ان قدامة بن مظعون زوج بنت اخيه عثمن بن مظعون من ابن عمر رض فردها صلى الله عليه وسلم وقال انها يتيمة وانها لا تنكح حتى تستأمر ولتأثير هذا الوصف ان مزوجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية في المال ففي النفس اولى ان لا تثبت ولنا قوله تعالى فان خفتم الا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية منع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن وهذا فرع جواز نكاحها عند عدم الخوف لا بالقاء ذلك بمفهوم الشرط لان الاصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقا فمنع من هذه عند خوف عدم العدل فعند عدمه يثبت الجواز بالاصل المهمل لا مضافا الى الشرط ويصرح بجواز نكاحها قول عائشة رض انها نزلت في يتيمة يكون في حجر وليها يرغب في مالها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنتهن في الصداق وقالت في قوله تعالى في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن الآية نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها لدمامتها ولا يزوجها من غيره كي لا يشاركه في مالها فانزل الله تعالى هذه الآية فهذه الآية امر بتزويجهن من غيرهم او تزوجهن وزوج صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رض من عمر بن ابي سلمة وهي صغيرة وانما زوجها بالعصوبة لا بالولاية تثبت بالنبوة لانه صلى الله عليه وسلم لم يزوجها قط ولو فعل لم يزوج هذا لانه لكن كانوا يتزوجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر انه سأله عن تزوجه فذكر انها ثيب فقال هلا بكرا الحديث ورأى على عبد الرحمن بن عوف الصفرة فقال مهيم قال تزوجت وسأله كم ساق لها والآثار في جواز ذلك شهيرة عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وابي هريرة رض والمعنى ان الحاجة الى الكفو ثابتة لان مقاصد النكاح انما تتم معه وانما يظفر به في وقت دون وقت والولاية لعلة الحاجة فيجب اثباتها احرازا لهذه المصلحة مع ان اصل القرابة داعية الى الشفقة غير ان في هذه القرابة قصورا اظهرناه في اثبات الخيار لها اذا بلغت واذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليتيمة في الحديث اليتيمة البالغة مجازا باعتبار ما كان الا ترى انه صلى الله عليه وسلم عني المنع بالاستيمار وانما تستأمر البالغة وحديث قدامة تأويله انه خيرها صلى الله عليه وسلم فاختارت الفسخ الا ترى الى ما روي عن ابن عمر رض انه قال والله لقد انتزعت مني بعد ان ملكتها واما المال فانه لا يعارض ذلك القدر من الشفقة كونه محبوب الطبع مما يفضي الى القطيعة عند المعارضة في قرابة العصبات بالخيانة فيه لنفسه ولغيره بالمحاباة ويخفى لتعذر احضاره لتداول الايدي عليه ولحمولته او لنسيانه او التوى في العوض في المقابضة فلا تفيد الولاية غير الملزمة فائدة عدم اللزوم وهو التدارك فانتفت والملزمة منتفية لقصور الشفقة فتعذر اثبات الولاية وحاصله ان القرابة مع قصور الشفقة مقتضاها ولاية غير ملزمة وقد تعذر مقتضاها في المال فانتفت فيه وامكن في النفس فثبتت فيه وهذا المال اثبتنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد قبله من القاضي عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر او عدم كفاءة وجه قوله في الثيب الصغيرة انها لا حاجة ولا حاجة بحدوث الرأي في امر النكاح لممارسته ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور فافاد منع النكاح قبل المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة الى احراز الكفو والولاية عليها في النكاح مع عدم الشهوة ليس الا لتحصيله ولا رأي حالة الصغر باعترافه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم اهلية المشاورة حتى اخر جواز نكاحها الى البلوغ فكان حاصل هذا الكلام تناقضا فان سلب الولاية بعلة حدوث الرأي تصريح بحدوث الرأي وتأخير نكاحها لعدم اهلية المشاورة يناقضه فلزم كون المراد بالثيب في الحديث البالغة حيث علق بالثيوبة ما لا يعتبر الا بعد البلوغ فاذا لم يحدث الرأي قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله تثبت الولاية لتحقق الحاجة على ما ذكرنا

وقال ابو يوسف رح لا خيار لها اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الراي في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد

علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به

ثم ذكر الولاية للعصبة قال المصنف ره والذي يؤيد كلامنا فيما تقدم يعني من جواز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي العصبة مطلقا بعدما كان فيما توهمه اثباته بالتقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل بين الاب والجد وغيرهما من العصبات في صورة الصغر اولا روي عن علي موقوفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزي بلفظ الانكاح وتقدم تزويجه صلى الله عليه وسلم امامة بنت عمه حمزة رض وهي صغيرة وقال لها الخيار اذا بلغت هذا والترتيب في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فتقدم عصبة النسب ولاهم الابن وابنه وان سفل لا يتاتى الا في المعتوهة وهذا قولهما خلافا لمحمد فانه يرى ان الاب يتقدم على الابن وسياق المسئلة وهل تثبت الخيار للام المعتوهة اذا افاقت وقد زوجها الابن ففي الخلاصة ولو زوجها الابن فهو كالاب بل اولى ثم الاب ثم الجد ابوه ثم الاخ الشقيق ثم لاب وذكر الكرخي ره ان الاخ والجد يشتركان في الولاية عندهما وعند ابي حنيفة رضي الله عنه يعني عنه بتقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث والاصح ان الجد اولى بالتزويج اتفاقا ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب ثم العم الشقيق ثم لاب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم ثم اعمام الاب كذلك الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد لاب ثم ابناؤه وان سفلوا كل هؤلاء تثبت لهم ولاية الاجبار على البنت والذكر في حال صغرها وحال كبرها اذا جنت مثلا غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه ابوه وهو رجل جاز اذا كان جنونا مطبقا ولم يقدر ابو حنيفة في الجنون المطبق قدرا على ما سنذكره فان افاق فلا خيار له ولو زوجه اخوه فافاق فله الخيار ثم المعتق وان كان امراة ثم بنوه وان سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب واذا عدم العصبات هل يثبت لذوي الارحام ياتي

قوله وقال ابو يوسف يعني آخرا وقوله الاول كقولهما ثم رجع الى ان لا خيار وهو قول عروة بن الزبير اعتبارا بالاب والجد وهذا لان الولاية لم تشرع في غير موضع النظر واذا حكم بالنظر قام عقد الولي مقام عقد نفسه بعد البلوغ وقولهما قول ابن عمر وابي هريرة رض لان قرابة الاخ ناقصة فتشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد وقد اظهر الشرع اثر هذا النقصان حيث منع ولايته في المال فيجب اظهاره في النفس الخ علم انه ناظر الى اظهار اثره فيجب التدارك باثبات خيار الادراك ولما قدمنا من تزويجه صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رض وهي صغيرة وقال لها الخيار قوله وهو الصحيح احتراز عن رواية خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة انه لا يثبت الخيار اذا كان المزوج القاضي لليتيمة لان ولايته اتم من ولاية العم لانها في النفس والمال جميعا وعن ما روي عن ابي حنيفة انه لا خيار فيما اذا زوجت الام لان شفقتها فوق شفقة الاب ووجه الظاهر ظاهر من الكتاب لفا ونشرا مرتبا قوله ويشترط فيه اي في الفسخ ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع هذه والفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق وبإباء الزوج الذمية التي اسلمت وهي طلاق خلافا لابي يوسف وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها الى القضاء في قوله في خيار البلوغ والاعتاق + فرقة حكما بغير طلاق + فقد كفؤ كذا ونقصان مهر + ونكاح فساده باتفاق + وملك احدى الزوجين لبعض زوج وارتداد كذا على الاطلاق + ثم جب وعنة ولعان + وابي الزوج فرقة بطلاق + وقضاء القاضي في الكل شرط غير ملك ورده وعتاق + وقوله باتفاق احتراز عن الحاصل من نكاح فان نكاحها جائز عند ابي حنيفة ومحمد ره فاسد عند ابي يوسف فالفرقة منه بطلاق عندهما وفسخ عنده وقوله على الاطلاق احتراز عن قول محمد ره فانه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المراة فهي فسخ وكل فرقة بطلاق اذا وقع عليها في العدة طلقة وقعت الا في اللعان لانه يوجب حرمة مؤبدة وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها ووجه الاحتياج الى القضاء بقوله لان الفسخ لدفع ضرر خفي وظاهر العبارة تحقق الضرر وخفاؤه ليس بثابت فالاولى ان يقال لدفع ضرر غير متحقق بل نظرا الى سببه وهو قصور القرابة المشعرة بقصور الشفقة وقد يظهر خلافه مما هو اتم النظر من

فعذرت بالجهل ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى اخر المجلس

من كون الزوج كفوا او المهر تاما والخيار ثابت لها في هذه الحالة كثيرا فقد ينكر الزوج عدم النظر فيرى ان فسخها لا يصادف محلا فاحتيج الى القضاء للالزام بناء على تعليق حكم الخيار بمظنة ترك النظر لا بحقيقته ولا بدع في خلو المظنة المعلل بها عن الحكمة في بعض الصور كما في سفر الملك المرفه في محفة ببلاد متقاربة كل يوم نصف فرسخ على المراكب الهنية تنزها يجوز له القصر ولان في سببه ضعفا وخلافا بين العلماء بخلاف خيار العتق فانه لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا اختص بالانثى لاقتصار السبب وهو زيادة الملك عليها بخلاف العبد اذا اعتق فاعتبر خيارها دفعا لضرر زيادة مملوكيتها ولا خلاف فيه فلم يحتج الى القضاء واعترض بانه دفعها هذه الزيادة التابعة لاصل النكاح برفعه وفيه جعل التابع متبوعا وهو نقض الاصول لانه عكس المعقول لا يقال للشيء اذا كان تابعا باعتبار الوجود يكون متبوعا في النفي ولا يخفى ان كل لازم نفيه مستلزم لنفي الملزوم مع ان وجوده لازم وجوده فاستتباع الزيادة اصل النكاح في النفي لا يكون عكس المعقول بل وفقه لانا نقول المراد انه لا يجوز ان ينفي التابع اذا كان مستلزما لنفي المتبوع الثابت لتضمنه دفع الاقوى لغرض دفع الادنى والجواب انه اذا كان مقتضى الدليل وجب ويكون ح رفع المتبوع مقتضى الدليل بواسطة اقتضائه بلزومه وهو ثابت هنا وهو النص فالوجه في السؤال طلب حكمه مع انه يتضمن ضرر الزوج فلم رجح دفع ضررها على دفع ضرره والجواب ان دفع ضررها يبطل حقا مشتركا بينهما وهو باستيفاء حق مشترك له ولها يثبت لنفسه حقا عليها فدفعها اولى ولانه رضي بهذا الضرر حيث تزوجها مع العلم بثبوت خيار العتق شرعا **قوله** فتعذر الامة المعتقة بالجهل بثبوت الخيار لها اذا كانت مشغولة بالخدمة الواجبة الشاغلة لها عن التعلم بخلاف الحرة لا تعذر به لانتفاء هذا المعنى في حقها **قوله** ثم خيار البكر يبطل بالسكوت انما ذكره بعدما قدم من قوله فسكتت فهو رضى لبيان ان يكون سكوتها رضا فيما تقدم هو اذا كانت بكرا فان العبارة هناك اعم من ذلك وليبين الفرق بينها وبين الغلام والثيب حيث قال ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا كالوطي ودفع المهر والكسوة والنفقة ويحل كون دفع المهر رضى اذا لم يكن دخل بها اما ان كان دخل بها قبل بلوغه فيمكن ان لا يكون دفع المهر بعد بلوغه رضى لانه لابد منه اقام او فسخ وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ يعني لا يبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ ما لم تقل رضيت او يجيء منها ما يعلم انه رضى كالتمكين من الوطي وطلب الواجب اعتبارا لهذه الحالة اي حالة ثبوت الاختيار بحالة ابتداء النكاح فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوجت ثيبا بالغة لا يكون سكوتها رضا حالة ثبوت الخيار وهي ثيب بالغة ولو زوجت بكرا بالغة اكتفى بسكوتها فكذا اذا ثبت لها الخيار للعلم بالنكاح وهي بكر بالغة ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت انما يقتضي ان خيار الثيب لا يبطل به ولا تعرض فيه لما يبطل به خيار الثيب صرح بمفهومه ليفيد ذلك وهو قوله وكذلك الجارية الى آخره **قوله** وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس بل يبطل بمجرد سكوتها والمراد بالمجلس مجلس بلوغها بان حاضت في مجلس وقد كان بلغها النكاح او مجلس بلوغ خبر النكاح اذا كانت بكرا بالغة وجعل الخصاف خيار البكر ممتدا الى آخر المجلس وهو قول لبعض العلماء مال هو اليه وهو خلاف رواية المبسوط فان فيه ثبوت الخيار لها في الساعة التي تكون فيها بالغة اذا كانت عالمة بالنكاح وعلى هذا قالوا ينبغي ان تطلب مع رؤية الدم فان رأته ليلا تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد اذا اصبحت وتقول رأيت الدم الآن وقيل لمحمد كيف يصح وهو كذب وانما ادركت قبل هذا فقال لا تصدق في الاسناد فجاز لها ان تكذب كيلا يبطل حقها ثم اذا اختارت واشهدت ولم تتقدم الى القاضي الشهر والشهرين فهي على خيارها كخيار العيب وما ذكر في بعض المواضع من انها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تعذر ينبغي ان يحمل على ما اذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت وما قيل لو سالت عن اسم الزوج او عن المهر او سلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لا دليل عليه غاية الامر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ولو سالت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها وكذا عن المهر وان كان عدم ذكره لها لا يبطل كون سكوتها رضى على خلاف

ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فما يبطل بالرضاء غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانها تصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق وان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فتقرر به قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض

فان ذلك اذا لم تسأل عنه اما لو انها رضيت بكل مهر والسؤال يفيد نفي ظهوره في ذلك انها يتوقف رضاها على معرفة كميته وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا كيف وانها مرسلات لغرض الاشهاد على الفسخ ولو اجتمع خيار البلوغ والشفعة تقول اطلب الحقين ثم تبدأ في التفسير بخيار البلوغ ولو زوج امته الصغيرة ثم اعتقها ثم بلغت لا يثبت لها خيار البلوغ لكمال ولاية المولى كالاب ولان خيار العتق يغني عنه والعبد الصغير اذا بلغ كذلك في الاصح الا انه لا يتصور في حقه خيار العتق فيطلق ان شاء **قوله** ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام ووجهه ظاهر من الكتاب والحاصل انها اذا بلغت ثيبا فوقت خيارها العمر لان سببه عدم الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يدل على الرضاء بالنكاح وكذا الغلام على هذا التفاوت كما تقدم وما في غاية البيان مما نقل عن الطحاوي حيث قال خيار المدرك يبطل بالسكوت اذا كانت بكرا وان كانت ثيبا لا يبطل به وكذا اذا كان الخيار للزوج لا يبطل الا بصريح الابطال او يجيء منه دليل على ابطال الخيار كما اذا اشتغلت بشيء آخر او اعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه مشكل اذ يقتضي ان الاشتغال بعمل آخر يبطله وهذا التقييد بالمجلس ضرورة اذ تبدل حقيقة او حكما يستلزمه ظاهرا وفي الجوامع وان كانت ثيبا حين بلغها او كان غلاما لم يبطل بالسكوت وان اقامت معه اياما الا ان ترضى بلسانها او يوجد ما يدل على الرضا من الوطء او التمكين منه طوعا او المطالبة بالمهر او النفقة وفيها لو قالت كنت مكرهة في التمكين صدقت ولا يبطل خيارها وفي الخلاصة ولو اكلت من طعامه او خدمته فهي على خيارها لا يقال كون القول لها في دعوى الاكراه في التمكين مشكل لان الظاهر يعيدها **قوله** بخلاف خيار العتق متصل بقوله لا يمتد الى آخر المجلس اي فيمتد خيار العتق الى آخر المجلس ووجه الفرق ان خيار العتق يثبت باثبات المولى لانه حكم العتق الثابت باثباته فاقتضى جوابا في المجلس كالتمليك في المخيرة وحاصل وجوه الفرق بين خياري البلوغ والعتق خمسة اوجه احتياجه الى القضاء ولو فسخ احدهما ولم يفسخ القاضي حتى مات ورثه الآخر ولا الوطء بعد الفسخ قبل القضاء بخلاف خيار العتق فيفسخ النكاح بمجرد فسخها ولا يبطل خيار العتق بالسكوت الخ ويبطل خيار البلوغ اذا كان من جهة المرأة وهي بكر بخلاف الغلام والثيب لان السكوت لم يجعل في حقهما رضا ويثبت خيار لكل من الذكر والانثى بخلاف خيار العتق لو زوج عبده ثم اعتقه لا خيار له لان خيار العتق لدفع ضرر زيادة الملك وهو منتف في الذكر وخيار البلوغ لما عن قصور الشفقة وهي يعمهما لا يقال الغلام يتمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكران وهو الطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار وما ثبت الخيار الا للحاجة لانا نقول لا يتخلص عن نصف المهر بالطلاق ان كان قبل الدخول بل يلزمه وههنا اذا قضى القاضي بالفرقة قبل الدخول لا يلزمه شيء واما بعده فيلزمه كله لكن لو تزوجها بعد ذلك ملك عليها الثلاث وفي الجوامع اذا بلغ الغلام فقال فسخت ينوي الطلاق فهي طالق وان نوى الثلاث فثلاث وحسن لان لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق والرابع ان الجهل بثبوت الخيار شرعا معتبر في خيار العتق دون البلوغ والخامس ان خيار البلوغ يبطل بالقيام عن المجلس ولا يبطل خيار البلوغ في الثيب والغلام وتقبل شهادة المولتين على اختيار امتهما التي زوجها بنفسها اذا اعتقها ولا تقبل شهادة الناصحين الزوجين بعد البلوغ انها اختارت نفسها لان سبب الرد قد انقطع في الاولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية اذ هو السبب وهو باق **قوله** ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق بل فسخ لا ينقص عدد الطلاق فلو جدد بعده ملك الثلاث وكذا خيار العتق لما بينا من انه يصح من الانثى ولا طلاق اليها ومن انه يثبت باثبات المولى ولا طلاق اليه وكذا الفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ بخلاف خيار المخيرة لما ذكره فيقع الطلاق باختيارها نفسها لانه انما ملكها ما يملكه وهو الطلاق ولو وقعت هذه الفرقة قبل الدخول لا يجب نصف المسمى بخلاف الطلاق قبل الدخول وهل يقع الطلاق في العدة اذا كانت الفرقة بعد الدخول اي الصريح اولا كل وجه والاوجه الوقوع **قوله** ولا ولاية لعبد لان الولاية انفاذ القول على الغير اذا كانت متعدية والقاصرة منتفية في هؤلاء فالمتعدية اولى فان قيل صحة اقرار العبد يدل على ولاية القاصرة فالجواب ان نافي المعنى معلقة في غير الحدود والقصاص واما هنا فمستثنيات عندنا والاجماع على نفي ولاية في النكاح بحجر والا اين

ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبي حنيفة رحمه الله ومعناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقول أبي يوسف في ذلك مضطرب والأشهر أنه مع محمد لهما ما روينا

ان يقال رواية الحديث لاية حيث كان الراوي الامانة اذا كان فاسقا ولذا تقبل شهادته بهلال رمضان ثم ان اجيب عن هذه المناقشة تمسكا في اجوبة الاسلم جدال المراد بها الولاية لعبارة في النكاح لا نفي الولاية مطلقا لانه يستدل بعدم القاصرة على عدم المتعدية فلو اريد الاعم كان مستدلا ببعض الدعوى لا المتعدية مطلقا اذ قد ثبت بان شيئا من المتعدية كولاية على زوجة الحرة في امور الزوجية كالمنع من الخروج والتمكين وطلب التبييت ما ذكرنا فانه يصدق في الكل انه عبد له ولاية على الغير ملزمة والمراد بالمجنون المطبق وهو على ما قيل سنة وقيل اكثر السنة وقيل شهر وعليه الفتوى وفي التجنيس وابو حنيفة رحمه الله لا يوقت في المجنون المطبق شيئا كما هو دابه في التقديرات فيفوض الى رأي القاضي وغير المطبق يثبت له الولاية في حالة افاقته بالاجماع وقد يقال لا حاجة الى تقييده به لانه لا يزوج حال جنونه مطبقا او غير مطبق ويزوج حال افاقته عن جنون مطبق وغير مطبق لكن المعنى انه اذا كان مطبقا تسلب ولايته فيزوج ولا تنتظر افاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا يزوج وتنتظر افاقته كالنائم ومقتضى النظر ان الكفؤ الخاطب اذا فات بانتظار افاقته تزوج وان لم يكن مطبقا والا انتظر على ما اختاره المتأخرون في غيبة الولي الاقرب على ما سنذكره قوله ولهذا اي لهذا الدليل لا تقبل شهادته عليه لانه لا سبيل له عليه ولا توارث لان الوارث يخلف المورث في ماله ملكا ويدا وتصرفا والظاهر ان الورثة ليست ولاية على الميت بل ولاية قاصرة تحدث شرعا بعد انقضاء ولاية اخرى فنفي المتعدية ليس نفي لوراثة فليس نفيها بهذا الدليل وكما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم كذا لا تثبت لمسلم على كافر اعني ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف في المال قيل وينبغي ان يقال الا ان يكون المسلم سيد امة كافرة او سلطانا فافاده صاحب الدراية ونسبه الى الشافعي ومالك رحمه الله قال ولم ينقل هذا الاستثناء عن اصحابنا والذي ينبغي ان يكون مرادا ورأيت في موضع معزوا الى المبسوط الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء فاما الفسق فهل يسلب الاهلية كالكفر المشهور ان عندنا لا وهو المذكور في المنظومة وعن الشافعي رحمه الله اختلاف فيه اما المستور فله الولاية بلا خلاف فما في الجوامع ان الاب اذا كان فاسقا فللقاضي ان يزوج الصغيرة من غير كفؤ غير معروف نعم اذا كان متهتكا لا ينفذ تزويجه اياها بنقص ومن غير كفؤ وسياتي هذه قوله ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رحمه الله معناه عند عدم العصبات اي النسبية والسببية والحاصل ان الولاية او لا تثبت لعصبة النسب على الترتيب الذي قدمناه ثم لمولى العتاقة ثم لعصبته على ذلك الترتيب بالاتفاق ثم بعد ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله تثبت للام ثم للبنت اذا كانت لها مجنونة ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم لولد الام يستوي فيه ذكورهم واناثهم في ذلك ثم اولادهم قال المصنف رحمه الله في التجنيس معلما بعلامة فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسفي فاب لاب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجها اختها والام حاضرة يجوز ان لم يكن لها عصبة لانها اولى من الاخت من الاب والنساء اللواتي من قبيل الاب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات باجماع بين اصحابنا وهي الاخت والعمة وبنت الاخ وبنت العم ونحو ذلك ثم قال المصنف هكذا ذكر وذكر في غيره من المواضع ان الام اولى من الاخت الشقيقة لانها اقرب انتهى قيل هذا يستقيم في الاخت لا العمة وبنت العم وبنت الاخ لانهن من ذوي الارحام ولا يتحقق مختلف فيما ومثل ما عن نجم الائمة النسفي منقول في المصفى عن شيخ الاسلام خواهر زاده ومقتضاه تقدم الاخت على الجد الفاسد وبعد اولاد الاخوات العمات ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام ثم بنات العمات والجد الفاسد اولى من الاخت عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف لو ولاية لهما كما في الميراث كما في المستصفى وقياس ما صحح في الجد والاخ من تقدم الجد الفاسد على الاخت ثم مولى الموالاة وهو الذي اسلم على يد اب الصغيرة ووالاه لانه يرث فتثبت له ولاية التزويج ثم السلطان ثم القاضي اذا شرط في عهده تزويج الصغائر والصغار ثم من نصبه القاضي وان لم يشترط فلا ولاية له في ذلك وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا ولاية لذوي الارحام ولا لمولى الموالاة وهو القياس وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقول ابي يوسف مضطرب فيه والاشهر انه مع محمد رحمه الله على ما في الهداية وقال في الكافي الجمهور ان ابا يوسف مع ابي حنيفة

ولهما ان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى العصبات الصيانة ولابي حنيفة رحمه الله ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج

وفي شرح الكنز وابو يوسف مع ابي حنيفة في اكثر الروايات لهما ما روينا يعني من قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات اثبت اسم الجنس وليس وراء الجنس شيء فيثبت لغيرهم فلا انكاح لغيرهم **قوله** ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها اي الى القرابة على تاويل الاقارب او على المعنى المصدري والى العصبات الصيانة عن ذلك لا الى غيرهم من ذوي الارحام لانهم ينسبون الى قبيلة اخرى فلا يلحقهم العار بذلك ولابي حنيفة ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو مختص بالقرابة اذ مطلقها باعث على الشفقة الظاهرة الموجبة لاختيار الكفو وذو الارحام بهذه المثابة فانا نرى شفقة الانسان على ابنة اخته كشفقته على ابنة اخيه بل قد يترجح على الثانية ولا شك ان شفقة ذوي الارحام ليس كشفقة السلطان ومن ولاه فكانوا اولى منهم واما قولهما انما تثبت الولاية صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها فالحصر ممنوع بل ثبوتها بالذات تحصيلا للمصلحة الصغيرة بتحصيل الكفو لانها بالذات لحاجتها لا لحاجتهم وكل من ذوي الارحام فيه داعية تحصيل حاجتها فتثبت له الولاية بهذا الاعتبار وان تثبت لغيره من العصبات بكل من حاجتها بالذات الى ذلك وحاجته وسترداد ونحوها في مسألة الغيبة ويدل عليه اجازة ابن مسعود رض تزويج امراته بنتها وكانت من غيره على الاصح واما اثبات جنس ولاية الانكاح الى العصبات في الحديث فانما هو حال وجودهم ولا تعرض له حال عدمهم بنفي الولاية عن غيرهم ولا اثباتها فاثبتناها بالمعنى وقضية ابن مسعود وايضا لا شك انه خص منه السلطان لانه ليس من العصبات بقوله السلطان ولي من لا ولي له او بالاجماع فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهذا الوجه على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنفي وجعليه وقوله في قول محمد قياس وفي قول ابي حنيفة استحسان مع استدلاله بالحديث المذكور وبالمعنى الصرف لابي حنيفة يناقش فيه بالاستحسان هو الذي يكون بالاثر لا القياس فان شرطه ان لا يكون فيه نص ويجاب بانه على بابه والمراد انما ذكره محمد من الحكم في نفس الامر قياس يقابله الاستحسان الذي قال به ابو حنيفة فان محمدا ظن خلافه من الاستحسان فاستدل بالحديث وقد ظهر ان لا متمسك له به وكان الاولى ان يجيب به المص وحاصل بحثه معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح وقالوا العصبات تتناول الام لانها عصبة في ولد الزنا وولد الملاعنة فيثبت لاهلها الا ان اقارب الاب مقدمون **قوله** واذا عدم الاولياء اي كل من العصبات وذوي الارحام ومولى الموالاة فالولاية الى الامام والحاكم اي القاضي بشرط ان يكتب ذلك في منشوره فلو زوج الصغيرة مع عدم كتب ذلك في عهده ثم اذن له فيه فاجازه قيل لا يجوز وقيل يجوز على الاصح استحسانا **فروع** الاول ليس للوصي الصغيرة ان يزوجها وان اوصى اليه الاب بالنكاح الا اذا كان الموصي عين رجلا في حيوته للتزويج فيزوجها الوصي به كما لو وكل في حياته بتزويجها وان لم يعين انتظر بلوغها لتأذن كذا قيل وليس بلازم لان السلطان يزوجها اذا كان الوصي قريبا يزوج بحكم القرابة لا الوصاية والا فالحاكم وبه قال الشافعي واحمد في رواية وفي اخرى له التزويج لقيامه مقام الاب قلنا انما قام مقامه في المال وقال مالك ان اوصى اليه في التزويج جاز وهو رواية هشام عن ابي حنيفة الثاني لو زوج القاضي الصغيرة التي هو وليها وهي اليتيمة من ابنه لا يجوز كالوكيل مطلقا اذا زوج موكلته من ابنه بخلاف سائر الاولياء لان تصرف القاضي حكم منه وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولي ذكره في التجنيس معللا له بعلامة غريب الرواية للسيد الامام ابي شجاع والالحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنى عن جعل فعله حكما لاحتياج شرطه وكذا اذا باع مال يتيمة من نفسه لا يجوز لكل من الوجهين والاوجه ما ذكرنا بخلاف ما لو نصب وصيا على اليتيم ثم اشترى منه يجوز لانه نائب عن الميت لا القاضي الثالث اقرار الولي على الصغير والصغيرة بالتزويج لم يصدق عند ابي حنيفة الا ببينة او يدرك الصغير فيصدقه معناه اذا ادعى الزوج ذلك عند القاضي وصدقه الاب وعندهما يثبت النكاح باقراره قال في المصفى عن استاذه يعني الشيخ حميد الدين ان الخلاف فيما اذا اقر الولي في صغرهما فان اقراره موقوف

وقال زفر لا يجوز لأن ولاية الأقرب قائمة لأنها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للأبعد مع ولايته ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ

إلى بلوغهما فإذا بلغا وصدقاه ينفذ إقراره وإلا يبطل وعندهما ينفذ في الحال وقيل إنه أشار إليه في المبسوط قال هو الصحيح وقيل الخلاف فيما إذا أقر على الصغير والصغيرة النكاح فأقر الولي أما إذا أقر بالنكاح في صغره صح إقراره كذا في المغني وفي مبسوط شيخ الإسلام إذا أقر الأب على الصغير والصغيرة على قوله لا يصدق إلا ببينة وإن صدقه الزوج في ذلك والمرأة وعلى قولهما يصدق من غير بينة فإن قيل على من تقام البينة ولا تقبل إلا على منكر يعتبر إنكاره والمنكر هو الصبي ولا عبرة بإنكاره والأب والزوج أو المرأة مقران قلنا ينصب القاضي خصما عن الصغير أو الصغيرة حتى ينكر فيقيم الزوج البينة فيثبت النكاح على الصغير والصغيرة انتهى كلامه من المغني والذي يظهر أن قول من قال إن الخلاف فيما إذا بلغا فأنكر النكاح أما إذا أقر عليهما في صغرهما يصح بالاتفاق أوجه وإقرار وكيل رجل وامرأة بتزويجها وإقرار مولى العبد بتزويجه على هذا الخلاف وأما إقراره بنكاح أمته فنافذ اتفاقا الرابع في النوازل امرأة جاءت إلى قاض فقالت أريد أن أتزوج ولا ولي لي فللقاضي أن يأذن لها في النكاح كما لو علم أن لها وليا وحيلة أجاز أبو الحسن السغدي وما نقل فيه من إقامتها البينة فخلاف المشهور وما نقل من قول حماد بن أبي حنيفة يقول لها القاضي إن لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات بعل فقد أذنت لك فالظاهر أن الشرطين الأولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفؤ وأما اشتراط الثالث فمعلوم الاشتراط **قوله** وقال زفر إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة لا يزوجها أحد حتى تبلغ بناء على أنه على ولايته لأن الولاية تثبت حقا على ما تقدم في دليل وقدمنا جوابه وقال الشافعي يزوجها السلطان لا الأبعد وعندنا يزوجها الأبعد لأن هذه ولاية نظرية تثبت نظرا لليتيمة لحاجتها إليها ولا نظر في التفويض إلى من لا ينتفع برأيه وهذا لأن التفويض إلى الأقرب ليس لكونه أقرب بل لأن في الأقربية زيادة مظنة للحكم وهي الشفقة الباعثة على زيادة إتقان الرأي للمولية فحيث لا ينتفع برأيه أصلا سلبت إلى الأبعد إذ لو أبقينا ولاية الأقرب أبطلنا حقها وفاتت مصلحتها أما الولي فحقه في الصيانة عن غير الكفؤ يكون مقتضيا لإثبات ولاية الفسخ إذا وقع بفعلها من غير كفؤ فلا يتوقف على إثبات ولاية التزويج له بحيث تثبت فأما هي فحاجتها حقا لها ولو سلم ففوات حقه بسبب من جهته وهي غيبته على أن المقصود لا يفوت إذ يخلفه فيه الولي الأبعد لأنه يلوه في نفي غير الكفؤ والاحتراس عن التناطح بنسبه فتناظرا على مقصود واحد فوجب المصير إلى ما قلنا فظهر وجه تقديمه على السلطان ولأنه لو سلبت ولايته بموته كان الأبعد أولى من السلطان فكذا إذا سلبت بعارض آخر والحاصل أن علة تقديمه على السلطان لا تختلف بالموت وغيره وقال صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له وما يقال من أنه ينتفع برأيه بالرسول والكتاب وكتاب الخاطب إليه حيث هو بخلاف المعتاد في الغائب والخاطب فلا يفرع الفقه باعتباره وقد لا يعرف مكانه ونظيره الحضانة والتربية يقدم فيه الأقرب فإذا تزوجت القربى ثبت منتقلة لشغلها بالزوج صارت للبعدى وكذا النفقة في مال الأقرب فإذا انقطع ذلك لبعد ماله وجبت في مال الأبعد **قوله** ولو زوجها حيث هو فيه منع جواب عن استدلال زفر على قيام ولايته حال غيبته بأنه لو زوجها حيث هو صح اتفاقا فدل على أنه لم يسلب الولاية شرعا بالغيبة أجاب بمنع صحة تزويجه قال في المحيط لا رواية فيه وينبغي أن لا يجوز لانقطاع ولايته وفي المبسوط لا يجوز ولو سلم فلأنها انتفعت برأيه وبهذا أنزل هو والأبعد قريب التدبير والأقرب قريب القرابة فنزلا منزلة وليين في درجة فأيهما عقد جاز لأنه أحق بالمعنى المناط به ثبوت الولاية وسلبها ومعناه أن سلب الولاية إنما كان لسلب الانتفاع برأيه فلما زوجها من حيث هو ظهر أنه لم يكن ما علق به سلب الولاية ثابتا بل القائم منها وأثبتها وفي شرح الكنز لا رواية فلنا أن نمنع لأنه لو جاز عقده بحيث يؤدي إلى مفسدة لأن الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه لدخل بها الزوج وهي في عصمة غيره وبما قالوه في صلاة الجنازة يدل عليه وهو أن الغائب لو كتب ليقدم رجلا إلى صلاة الجنازة فللأبعد منعه ولو كانت له ولاية باقية لما كان له منعه كما لو كان حاضرا وقدم غيره وقد استفيد مما ذكرنا أن الوليين إذا استويا كأخوين شقيقين أيهما زوج نفذ ومن العلماء من قال لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل على ما ذكرنا

والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري رحمه الله وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفؤ باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في انكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات والله اعلم

فصل في الكفاءة الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش

فان زوجها كل منهما فالصحة للسابق فان لم يعلم السابق او وقعا معاً بطلا لعدم الاولوية بالتصحيح ولو زوجها ابوها وهي بكر بالغة بامرها وزوجت هي نفسها من آخر فايهما قالت هو الاول فالقول قولها وهو الزوج لانها اقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا ادري الاول ولا يعلم من غيرها فرق بينها وبينهما وكذا لو زوجها وليان بامرها قوله ولا يرد ما يفيد انه لو حضر الاقرب بعد عقد الابعد لا يرد عقده وان عادت ولايته بعوده قوله والغيبة المنقطعة بان يكون في موضع لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري رحمه الله وعن ابي يوسف من جابلقا الى جابلسا وهما قريتان احداهما بالمشرق والاخرى بالمغرب وهذا رجوع الى قول زفر رحمه الله وانما ضرب هذا مثلا وعنه في اخرى من بغداد الى الري وكذا عن محمد في رواية من الكوفة الى الري ومن المشايخ من قال حد الغيبة المنقطعة ان يكون متحولا من موضع الى موضع فلا يوقف على اثره او يكون مفقودا لا يعرف خبره وقيل اذا كان في موضع يقع الكرى اليه دفعة واحدة فليست غيبته منقطعة او بدفعات فمنقطعة وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الامام ابو علي النسفي وسعد بن معاذ وابو عصمة المروزي وابن مقاتل الرازي وابو علي السغدي وكذا الصدر الشهيد قالوا وعليه الفتوى وقال الامام السرخسي في مبسوطه والاصح انه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره واستطلاع رأيه يفوت الكفؤ وعن هذا قال قاضي خان في الجامع الصغير لو كان مختفيا في المدينة بحيث لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة وهذا احسن لانه انظر وفي النهاية عليه اكثر المشايخ منهم الامام ابو بكر محمد بن الفضل في شرح الكنز اكثر المتأخرين وفي الذخيرة والتعارض بين اكثر المتأخرين واكثر المشايخ والاشبه بالفقه قول اكثر المشايخ قوله واذا اجتمع في المجنونة جنونا اصليا بان بلغت مجنونة او عارضيا بان طرأ الجنون بعد البلوغ ابوها او جدها مع ابنها فالولي في تزويجها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ابوها وقال زفر في العارضي لا يزوجها احد لان الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشيء ثم لا ترجع عند وجود مساواة الحجر بل هي احوج الى الولاية بالجنون منها اليها بالصغر لان الحاجة اليها في الصغر لتحصيل الكفؤ وفي الجنون لذلك ولدفع الشهوة والممارسة وكذا المجنون يجتمع فيه ابوه وابنه او جده على هذا الخلاف وعن ابي يوسف في رواية اخرى ايهما من الاب والابن زوج جاز وهي رواية المعلى جعلهما في مرتبة ولا يبعد اذ في الابن قوة العصوبة وفي الاب زيادة الشفقة ففي كل منهما جهة قوله وهذه الولاية مبنية على العصوبة بالنص السابق والابن هو المقدم في العصوبة فيعتبر الاقرب بالاخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه ثم اذا زوج المجنونة او المجنون الكبير ابنهما لا خيار لهما لانه يقدم على الاب والجد ولا خيار لهما في تزويجهما فالابن اولى

فصل في الكفاءة الكفؤ النظير المقاوم ويقال لا كفاء له بالكسر ولما كانت الكفاءة شرط اللزوم على الولي اذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولي وهو بثبوت الولاية فقدم بيان الاولياء من تثبت له ثم اعقبه فصل الكفاءة قوله معتبرة قالوا معناه معتبرة في اللزوم على الاولياء حتى ان عند عدمها جاز للولي الفسخ ثم استدل بقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء فعلينا النظر في ثبوت حجيته ثم وجه دلالته على الدعوى على الوجه من معناها اما الاول فهو حديث ضعيف لان في سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة والحجاج مختلف فيه ومبشر ضعيف متروك نسبه احمد الى الوضع وسيأتي تخريجه لكنه حجة بالتظافر والشواهد من ذلك ما روى عن محمد في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن رجل عن عمر رضي الله عنه قال لامنعن فروج ذوات الاحساب الا من الاكفاء ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث علي انه عليه الصلاة والسلام قال له يا علي ثلث لا تؤخرها الصلاة والجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت كفؤا وقول الترمذي فيه لا ارى اسناده متصلا منتف بما ذكرناه من تصحيح الحاكم وقال في سنده سعيد بن عبد الله الجهني مكان قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجمحي فلينظر فيه واما عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء روي من حديث

وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن أنفسهم

عائشة وأنس وعمر من طرق عديدة فوجب ارتقاؤه إلى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه صلى الله عليه وسلم وفي هذا كفاية أغنى عما استدل به بعضهم
من طريق الدلالة فقال إذا كان الكفاءة معتبرة في الحرب وذلك في ساعة تفني النكاح وهو للعمر أولى وذكر ما وقع في غزوة بدر أنه لما برز عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن
عتبة وخرج إليهم عوف ومسعود ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم من أنتم قالوا رهط من الأنصار فقالوا أبناء قوم كرام لكنا نريد أكفاءنا من قريش
فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا قم يا حمزة وعلي وعبيدة بن الحارث الخ فأما قوله صلى الله عليه وسلم صدقوا فلم أره والذي في سيرة ابن هشام عن ابن إسحق أنهم
قالوا لهم أكفاء كرام ولكنا نريد بني عمنا وفي رواية ما لنا بكم من حاجة ثم نادى مناديهم يا محمد أخرج لنا أكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم قم يا حمزة وقم يا علي
الخ ونحن نقطع أن عدو الله لو برز للمسلمين يريد إطفاء نور الله وهو من كبار أنسابهم فخرج إليهم عبد من المسلمين فقتله كان مشكورا عند الله وعند المؤمنين
ولم يزد وذلك النسب لا العبد إنما الكفاءة المطلوبة هنا كفاءة الشدة فيجب أن يخرج إليه كفؤه فيها إلا أن المقصود نصرة الدين ولو كان عبدا وكلامه إنما يفيد في النسب
وإنما أجابهم صلى الله عليه وسلم لذلك لما علمه بأنهم أشد من الذين خرجوا إليهم أولا أو لئلا يظن بأن المطلوبين عجزوا وجبنوا دفعا لما قد يظن أهل النفاق من أنه يخصهم
بقرابته دون الأنصار النظر الثاني لا يخفى أن الظاهر من قوله ألا لا يزوج النساء إلا من الأكفاء أن الخطاب للأولياء نهيا لهم أن يزوجوهن إلا من الأكفاء ولا دلالة فيه على
أنها إذا زوجت نفسها من غير الكفء ثبت لهم حق الفسخ فإن قلت يمكن كون فاعل يزوج المحذوف عاما منهن ومنهم أي لا يزوجهن مزوج نفسها والأولياء
فالجواب أن حاصله أنها منهية عن تزويجها نفسها بغير الكفء فإذا باشرته لزمتها المعصية ولا يستلزم أن للولي فسخه إلا بمعنى العرف وهو أنها أوقعت عليه ضررا
فله دفعه وهذا ليس مدلول النص لو علل نهيها التضمني للنص بإدخالها الضرر عليه لم يكن فسخه مدلول النص وإنما قلنا التضمني لأن النهي على هذا التقدير متعلق بها
وبالأولياء فبالنسبة إليهم إنما يتعلق بتركهم النظر لها وبالنسبة إليها بإدخال الضرر على الولي وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ فلا يشكل على ما مشينا أن في قوله
إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللولي فسخه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوجهن إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء نبوة للدليل عن المدعى فالحق أنه دليل على مجرد
الاعتبار في الشرع من غير تعرض لأمر زائد على ذلك كما هو في الكتاب فإن قلت كون الشيء معتبرا في الشرع لا بد من كونه على وجه خاص حتى يتضح أنه واجب
أو مندوب قلنا نعم لكنه لم يتقدم بخصوصه فإن أمكنت تتمته قلنا مقتضى الأدلة التي ذكرناها الوجوب يعني وجوب إنكاح الأكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يفيده
لا بنفسه ثم لا يستلزم كونه أولى كما هو مقتضى ما رواه الترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه
إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ضعيف إلا أن شرط المشروع الطلبي لا يثبت بالظني فقلنا باشتراط الكفاءة للصحة ثم الوجوب متعلق بالأولياء حتى لو زوجوها من غير كفء كما
ذكرنا ولكن إنما تتحقق المعصية في حقهم إذا كانت صغيرة لأنها إذا كانت كبيرة لا ينفذ عليها تزويجهم إلا برضاها فهي تاركة لحقها كما إذا رضي الولي بترك حقه حيث
ينفذ هذا كله مقتضى الأدلة التي ذكرناها مع قطع النظر عن غيرها وعلى اعتبارها يشكل قول أبي حنيفة رحمه الله إن للأب أن يزوج بنته الصغيرة من غير كفء فإن قلت خطب النبي
صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس وهي قرشية على أسامة بن زيد وليس قرشيا وزوجت أخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشي وزوج أبو حذيفة بنت أخيه من سالم مولاه
وكل ذلك بعلم الصحابة أو بعضهم وبفعله النبي صلى الله عليه وسلم فالجواب أن وقوع هذا ليس يستلزم كون تلك النساء صغارا بل العلم محيط بأنهن كبار خصوصا بنت قيس كانت ثيبا كبيرة
حتى تزوجها أسامة فإنما جاز لإسقاطهن حق الكفاءة لهن وأولياؤهن هذا وفي اعتبار الكفاءة خلاف مالك والثوري والكرخي من مشايخنا لما روي عنه صلى الله عليه وسلم
الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي إنما الفضل بالتقوى قلنا ما رويناه يوجب حمل ما رووه على حال الآخرة جمعا بين الأدلة قوله وإذا زوجت
المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء وإن لم يكونوا محارم كابن العم أن يفرقوا بينهما دفعا للعار عن أنفسهم ما لم يجئ من الولي دلالة الرضا كقبضه المهر أو النفقة

وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لأنهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لأن تمام النسب بالأب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لأن التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لأن الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح هو الصحيح لأنه من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رح لا يعتبر لأنه من امور الآخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لأنه مستخف به قال وتعتبر في المال

التفاضل في انساب قريش فهو حجة على الشافعي في ان الهاشمي والمطلبي اكفاء دون غيرهم بالنسبة اليهم قالوا زوج النبي صلى الله عليه وسلم بنته من عثمن وهو اموي وزوج علي ام كلثوم من عمر رضي الله عنهم وهو عدوي وفيه نظر اذ قد يقول يجوز كونه لاسقاط حقه في الكفاءة نظرا الى مصلحة اخرى لكنه يري انها شرط في النسب فيلزمه ما ذكرنا وعلى اكثر اصحابه في اعتبار الكفاءة في النسب في العجم وعلى محمد رح في اعتبار الزيادة بالخلافة حتى لا يكافؤ اهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين فان قصد بذلك عدم المكافاة لأن قصد به تسكين الفتنة وفي الجامع لقاضي خان قالوا الحسيب يكون كفوا للنسيب فالعالم العجمي كفو للجاهل العربي والعلوية لان شرف العلم فوق شرف النسب والحسب مكارم الاخلاق وفي المحيط عن صدر الاسلام الحسيب هو الذي له جاه وحشمة ومنصب وفي الينابيع الاصح انه ليس كفوا للعلوية والاصل ما ذكره المشايخ رح من ذلك ما روي عن ابي يوسف رح ان الذي اسلم بنفسه او اعتق اذا احرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفوا له ولا يعتبر بالبلاد وفي تتمة الفتاوى وعن الفرزدقي كفو للمدني **قوله** وبنو باهلة الخ استثناء من قوله والعرب بعضهم اكفاء لبعض وباهلة في الاصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن اعصر بن سعد بن قيس بن عيلان فنسب ولده اليها وهم معروفون بالخساسة قيل كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية وكانوا يأخذون عظام الميتة يطبخونها ويأخذون دسومتها فلذا قيل ولا ينفع الاصل من هاشم اذا كانت الام من باهلة وقيل اذا قيل للكلب يا باهلي عوى الكلب من شؤم ذاك النسب ولا يخلو من نظر فان النص لم يفصل مع انه صلى الله عليه وسلم كان اعلم بقبائل العرب واخلاقهم وقد اطلق وليس كل باهلي كذلك بل فيهم الاجواد وكون فصيلة منهم او بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسري في حق الكل **قوله** واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان فيه لأن تمام النسب بالاب والجد والحق ابو يوسف رح الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف اي في الشهادات والدعاوي قيل كان ابا يوسف رح انما قال ذلك في موضع لا يعد كفر الجد عيبا بعد ان كان الاب مسلما وهما قالاه في موضع يعد عيبا والدليل على ذلك انهم قالوا جميعا ان ذلك ليس عيبا في حق العرب لأنهم لا يعيرون بذلك وهذا احسن به ينتفي الخلاف ولا تعتبر الكفاءة بين اهل الذمة فلو زوجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفوا لم يفرق بل هم اكفاء بعضهم لبعض قال في الاصل الا ان يكون نسبا مشهورا كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك او سائس فانه يفرق بينهما لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضي مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين **قوله** والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام يعني من كان له ابوان حران كان كفوا لمن له آباء احرار ومن له اب واحد حر لا يكافي من له ابوان حران ومن عتق بنفسه لا يكافي من له اب حر وفي التجنيس لو كان ابوها معتقا وامها حرة الاصل لا يكافيها المعتق لأن فيه اثر الرق وهو الولاء والمرأة لما كانت امها حرة الاصل كانت هي ايضا حرة الاصل وفي المجتبى معتقة الشريف لا يكافيها معتق الوضيع واعلم انه لا يبعد كون من اسلم بنفسه كفوا لمن عتق بنفسه **قوله** وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة فسره به ليعلم ان المراد به التقوى لا اتفاق الدين لأن تفاصيله تعرف في نكاح اهل الشرك ولا كونه مكافيا باسلام نفسه وابيه وجده لأنه من قبلها **قوله** هو الصحيح اي الصحيح اقتران قول ابي حنيفة وابي يوسف فانه روي عن ابي حنيفة رح انه مع محمد رح ورجحه السرخسي وقال الصحيح من مذهب ابي حنيفة ان الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة وقيل هو احتراز عن رواية اخرى عن ابي يوسف انه لم يعتبر الكفاءة في الدين وقال اذا كان الفاسق ذا مروءة كاعونة السلطان والمباشرين المكتفة وكذا عنه ان كان يشرب المسكر سرا ولا يخرج وهو سكران يكون كفوا والا لا ويبعد الاولى كونه هو الصحيح احترازا عما روي عن كل منهما انه لا يعتبر والمعنى هو الصحيح من قول كل منهما فلو تزوجت امرأة من بنات الصالحين فاسقا كان للاولياء فسخه وان كان من مباشري السلاطين **قوله** وقال محمد رح لا يعتبر الا اذا كان يسخر

وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رح انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رح حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافيها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رح لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد رح وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها

بنه ويخرج سكران لانه من احكام الآخرة فلا تبتنى عليه احكام الدنيا وفي كون هذه قاعدة ممهدة نظر اذ لم يظهر وجه الملازمة والحق انه قد وقد ر المعتبر في كل موضع بمقتضى الدليل فيه من البناء على احكام الآخرة وعدمه على انه لم يبن الا على امر دنيوي وهو ما ذكره من ان المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه يعني تعير باشتكالها من بنات الصالحين وفي المحيط الفتوى على قول محمد وهو موافق لاختيار السرخسي الرواية الموافقة بقول محمد عن ابي حنيفة ولو تزوجها وهو كفو في الديانة ثم صار داعرا لا ينفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة وقت النكاح **قوله** ومنها اي من اعتبار الكفاءة في المال هو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وتقييده بظاهر الرواية احتراز عما سنذكره في الكفاءة في الغنى بالنسبة الى قول ابي حنيفة ومحمد فان ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما ستذكره وبين ان المراد بالمهر ملك ما تعارفوا تعجيله وان كان كله حالا في المجتبى قلت في عرف اهل خوارزم كله مؤجل فلا تعتبر القدرة عليه ولم يبين المراد بملك النفقة واختلف فيه قيل المعتبر ملك نفقة شهر وقيل ستة اشهر وفي جامع شمس الائمة سنة وفي المجتبى الصحيح انه اذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفوا ومعناه منقول عن ابي يوسف قال اذا كان قادرا على ايفاء ما يعجل لها باليد ويكتسب ما ينفق عليها يوما بيوم كان كفوا لها وفي غريب الرواية للسيد ابي شجاع جعل الاصح ملك نفقة شهر وفي الذخيرة ان كان تجد نفقتها ولا يجد نفقة لنفسه فهو كفو والا لا يكون كفوا وان كانت فقيرة انتهى وفيه نظر ثم هذا اذا كانت تطيق النكاح فان كانت صغيرة لا تطيقه فهو كفو وان لم يقدر على النفقة لانه لا نفقة لها **قوله** ويعد المرء قادرا بيسار ابيه وجده وجدته ولا يعتبر القدرة على النفقة بيسار الاب **قوله** فاما الكفاءة في الغنى يعني بعد ملكه للمهر والنفقة قيل يعتبر مكافاته اياها في غناها قال معتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد لكن صرح السرخسي في مبسوطه وصاحب الذخيرة بان الاصح ان ذلك لا يعتبر لان كثرة المال مذمومة وفي شرح الكنز لا يعتبر بالمساواة في الغنى هو الصحيح وعن ابي حنيفة ومحمد في غير رواية الاصول ان من ملكهما لا يكون كفوا للفائقة في الغنى وليس بشيء فنص على ان ما في الهداية غير رواية الاصول وكذا في الدراية قال وهذا القول منهما في غير رواية الاصول وفي كتاب النكاح لا تشترط القدرة الا على المهر والنفقة وفي بعض الشروح انه خلاف ظاهر الرواية ولهذا لم يذكره في المبسوط عن الاوائل قال وبعض المتاخرين اعتبروا الكفاءة في المال بعد ما صح عن ابي يوسف بنفيه **قوله** وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان اظهرهما لا تعتبر في الصنائع حتى يكون البيطار كفوا للعطار وهو رواية عن محمد وعنه في اخرى الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام وكذا الدباغ وهو الرواية التي ذكرها في الكتاب عن ابي يوسف والظاهر الروايتين عن محمد فصار عن كل منهم روايتان الظاهر عن ابي حنيفة عدم الاعتبار والظاهر عن محمد كذلك الا ان يفحش وهو الرواية عن ابي يوسف فيما قدمناه عن شاهي حيث قال فيه الاحاكالحجام والحائك اعتبارها في الصنائع لكن على الوجه الذي ذكر في شرح الطحاوي وهو ان الصناعات المتقاربة كالبزاز والعطار بخلاف المتباعدة وهذا الخياط مع الدباغ والحجام والكناس قال وهؤلاء بعضهم اكفاء لبعض ولا يكافئون سائر الحرف ولم يذكر خلافا وكان ظاهرا في ان الظاهر من قول ابي حنيفة اعتبار الكفاءة واليه ذهب بعض الشارحين قال ولذا قال الشيخ ابو نصر بعد ان اثبت اعتبارها وعن ابي حنيفة لا تعتبر ونحوه في الينابيع وانما قلنا لكن على الوجه الذي ذكر في شرح الطحاوي لان حقيقة الكفاءة في الصنائع لا تتحقق الا بكونهما من صناعة واحدة وفي المحيط وغيره وههنا خساسة هي اخس من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكرية تابعا وان كان ذا مروءة ومال قيل هذا اختلاف عصر وزمان في زمن ابي حنيفة لا تعد الدناءة في الحرفة منقصة فلا تعتبر وفي زمنهما تعد فتعتبر والحق اعتبار

قال وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانها فأشبه الكفاءة بخلاف الإبراء بعد التسمية لأنه لا يتعير به وإذا زوج الأب بنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر أما المالية هي المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله أيضا لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز والله أعلم

ذلك سواء كان ذلك هو المبنى أو لا فإن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه وعلى هذا ينبغي أن يكون الحائك كفوا للعطار بالإسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصا البتة اللهم إلا أن يقترن به خساسة غيرها **قوله** وإذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها فالثابت إلزام أحد الأمرين وهو فرع قيام نكاحه لكل منهما فعن هذا ما في فتاوى النسفي لو لم يعلموا بذلك حتى ماتت ليس لهم أن يطالبوه بتكميل مهر مثلها لأن الثابت لهم ليس إلا أن يفسخ أو يكمل فإذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ واعلم أن المدار التسمية حتى لو سمت مهر مثلها ولم تأخذه بل أبرأت لا اعتراض عليها ثم قال المص وهذا الوضع أي قولنا إذا تزوجت ونقصت من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض وقال محمد مع أبي يوسف ليس لهم ذلك ومعناه يجب تبقية العقد فرع صحة عقد المرأة بنفسها فإنما يصح من محمد على اعتبار رجوعه إلى ذلك لما أنه تقدم عنه أنه لا يصح مباشرتها بنفسها بل هو موقوف على إجازة الولي قال فهذه شهادة على رجوعه صادقة للشيخ وأورد عليه أنه إنما يتم لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فإنه لو أذن لها الولي بالتزويج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد وكذا لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الإكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولي ليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن هذا الوضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما انتهى ولا شك أن قولنا إذا تزوجت ونقصت لا ينقض عند محمد عام في الصور على ما هو حال أسماء الشرط فباعتبار عمومه تكون شهادة صادقة وعليه مشى المص وباعتبار حمله على بعض الصور وهو في نفسه أعم منها لا تكون شهادة وعليه مشى المعترض والأصل خلافه إلا أن يوجب الحمل على البعض الصور موجب وتمام الاعتراض موقوف عليه فتوجيه الاعتراض أن يقال يجب حمله على كذا للصورة المذكورة فلا يكون فيه شهادة على ذلك وإنما يجب هذا الحمل لأن المذكور هو المذكور في الجامع الصغير ورجوعه مروي أنه قبل موته بسبعة أيام وهو الذي يشير إليه قول المص وقد صح ذلك ومعلوم أن تصنيفه للجامع قبل ذلك فالحق أنه رجع ولا شهادة في هذه **قوله** وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولزم عند أبي حنيفة رح سواء كان الغبن فاحشا أو قليلا ويثبت المال كله في ذمة الصغير في الثانية لا في ذمة الأب سواء كان الأب موسرا أو معسرا فيقضيه من مال الصغير وقالا لا يجوز الزيادة والنقص إلا بما يتغابن فيه وعلى هذا الخلاف تزويج الأب ابنته بغير كفو ويجب أن يكون معنى هذا عدم الكفاءة في غير الديانة أما فيها فلا لما قالوا لو كان الأب معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا كان العقد باطلا على قول أبي حنيفة على الصحيح ومن زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شرير فاسق ظاهر سوء اختياره ولأن ترك النظر هنا مقطوع به فلا يعارضه ظهور إرادة مصلحة تفوق ذلك نظرا إلى شفقة الأبوة وما في النوازل زوج ابنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فإذا هو مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح يعني بعد ما كبرت إن لم يكن يعرفه الأب بالشرب وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لأنه إنما زوج على ظن أنه كفو يفيد خلافه إذ يقتضي أنه لو عرف الأب بشربه فالنكاح نافذ وهو ينافي ما قرره من أن الأب إذا عرف بسوء الاختيار لا ينفذ تزويجه من غير الكفو والجواب أنه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفا به فلا يلزم البطلان عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كون الأب العاقد معروفا بمثله **قوله** ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما أي قولهما لا يجوز بل معناه نفي صحة العقد أو نفي صحة التسمية أي والعقد صحيح فيزاد إلى مهر المثل قيل بالأول وقيل بالثاني واختار المص الأول لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهرا بإيجاب المال عوض نفسها ناقصا وإبطاله بدون عوض لا تثبت الولاية فلا يصح العقد كالمأمور بالعقد بشرط لا يصح عقده إذا لم يجبر على شرطه ولذا لا يملك البيع والشراء

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رحمه الله لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي رحمه الله يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين ولا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجاز المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا

بغبن فاحش في مالها فايجاب لمال عوض نفسها ناقصا اولى لعدم النفاذ واذا كان بحيث لو زوج امتها بغبن فاحش في مالها لا يجوز فتزويجها كذلك اولى لعدم الجواز ولابي حنيفة ان النظر وعدمه في هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار امر باطن فالضرر كل الضرر بسوء العشرة واذا جال كل منهما المكروه على الآخر والنظر كل النظر في ضده في هذا العقد وامر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا فاذا كان باطنا يعتبر دليله فيتعلق الحكم عليه ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية الى وفور الشفقة مع كمال الرأي ظاهرا بخلاف غير الاب والجد من العصبات والام لقصور الشفقة في العصبات ونقصان الرأي في الام وهذا معنى قوله والدليل عدمناه في حق غيرهما فلا يصح عقدهم لذلك وعلى هذا انبنى الفرع المعروف لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت واجازت لا يصح لانه لم يكن عقدا موقوفا اذ لا مجيز له فان العم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفو ولذا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار والمجانة والفسق كان العقد باطلا على قول ابي حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح اما المال فهو المقصود في التصرف المالي لا امر آخر باطن ليحال النظر عليه عند ظهور التقصير في المال فلذا لا يجوز تزويجه امتها بغبن فاحش لانه اضاعة مالها لان المهر ملكها ولا مقصود آخر باطن ليصرف النظر اليه فلا يعول عليه ويدل على ذلك تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة من علي بأربعمائة درهم ولا شك في انه دون مهر مثلها لانها اشرف النساء فيلزم اما ان لا مهر اكثر منه بل الا وهو اقل منه او انها مهر مثلها والاول منتف فلزم الثاني وهذا موقوف على ثبوت ان تزويجه صلى الله عليه وسلم اياها كان قبل البلوغ والا لا يفيد وقد يقال اذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة اعني قرابة الاب والجد فلا يعتبر كونه معروفا بسوء الاختيار لان المظنة يجوز التعليل بها مع العلم بانتفاء حكمتها وهذا كذلك والجواب ان المظنة ما يغلب معها الحكمة ان لم تلزم فالمعروف بذلك ليس مظنة والحاصل ان تخصيص العلة او القول بان العلة مجموع قرابة الاب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف في جواز تخصيص العلة وعدمه ومسئلة تزويج الاب بنته من غير كفو عبدا او غيره قدمناها والوجه من الجانبين فيها

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها من احكام الولي والفضولي ويبقى الرسول نذكره بعد ان شاء الله تعالى ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية اذ ينفذ تصرفه على الموكل غير انها تستفاد من المولى على نفسه كانت ثانية للولاية الاصلية فاوردها ثانية في التعليم لباب الاولياء ثم ذكر ما غيرها من الفضول لتأخره عنهما لان النفاذ بالاجازة انما ينسب الى الولي المجيز فنزل عقد الفضولي كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الاصل في السبب غير ان ابتداءه بالولي ان نظر فيه الى انه اقوى ناسب الابتداء به وان نظر الى ان عقد الاصيل للوكيل اولا وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل **قوله** ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه الصغيرة بغير اذنها والبالغة باذنها فيقول اشهدوا اني تزوجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان او زوجتها من نفسي وقال زفر رحمه الله لا يجوز واذا اذنت المرأة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر رحمه والشافعي رحمه الله لا يجوز وصورتها ان يقول اشهدوا ان فلانة بنت فلان بن فلان وكلتني ان ازوجها من نفسي وقد فعلت ذلك فلو لم ينسبها الى الجد ولم يعرفها الشهود ففي التفاريق وسعه فيما بينه وبين الله تعالى وفي النوازل قال لا يجوز النكاح لان الغائب انما يعرف بالتسمية الا يرى انه لو قال تزوجت امرأة وكلتني لا يجوز وعلى هذا الخلاف كل وكيل لامرأة تزويجها من نفسه وذكر الخصاف رجل خطب امرأة فاجابته وكرهت ان يعلم اولياؤها فجعلت امرها في تزويجها الى الخاطب جاز العقد على المهر فكره الزوج تسميتها عند الشهود قال يقول اني خطبت امرأة بصداق كذا ورضيت به وجعلت امرها الي بان اتزوجها فاشهدكم اني تزوجت المرأة التي

فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رح تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف

امرها الى على صداق كذا فينعقد النكاح قال شمس الائمة الحلوانى الخصاف كبير فى العلم وهو ممن يقتدى به وقال فى التجنيس وذكر فى المنتقى ان مثل التعريف يكفى ومثل هذا الخلاف فيما لو كانت حاضرة متنقبة ولا يعرفها الشهود فعن الحسن وبشر يجوز وقيل لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويراها الشهود والاول اقيس فيما يظهر بعد سماع الشطرين منهما لان الشرط ليس شهادة تعتبر للاداء ليشترط العلم على التحقيق بذات المرأة على ما تقدم ثم رأيت فى التجنيس انه هو المختار لان الحاضر يعرف بالاشارة والاحتياط كشف نقابها وتسميتها ونسبتها وهذا كله اذا لم يعرفها الشهود اما اذا كانوا يعرفونها وهى غائبة فذكر الزوج اسمها لا غير جاز النكاح اذ عرف الشهود انه اراد المرأة التى يعرفونها لان المقصود من التسمية التعريف وقد حصل انتهى وبقولنا قال مالك رح واحمد وسفين الثورى وابو ثور والظاهرية وقوله من نفسه احتراز عما وكلته ان يزوجها مطلقا فانه لو زوجها من نفسه لا يجوز وكذا لو وكلت اجنبيا او وكل امرأة بان تزوجه فزوجته من نفسها لا يصح ايضا لزفر والشافعى ان الواحد لا يتصور على البناء للفاعل ان يكون مملكا ومتملكا كما فى البيع لا يجوز كونه وكيلا من الجانبين لتضاد حكمى التمليك والتملك ويوافقه الاثر وهو ما روى عنه صلى الله عليه وسلم كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدا عدل الا ان الشافعى يقول على احد الوجهين فى الولى ضرورة اذ لا يتولاه غيره فلو منع من تولى شطريه امتنع اصلا لانه لو امر غيره ثبت وجها منه كان قائما مقامه وانتقلت عبارته اليه لتكلمه هو بنفسه فلا فرق فيه فى التحقيق وهذا الاستثناء جار على اعتقاد المص ان الشافعى يقول فى المسئلة الاولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر فى نقل الخلاف فيها على خلاف زفر لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعى فيها ايضا لانه لا تثبت ولاية اجبار لغير الاب والجد فلا يتصور ان يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه والذى يجيزه الشافعى من تولى الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو فى هذا مملكا ومتملكا فلا يصلح مستثنى ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة فان معنى الكلام انه لا يصح المباشر مملكا ومتملكا الا فى الولى صح ذلك ضرورة لكنه منتف ولنا ان الوكيل فى النكاح سفير ومعبر حتى لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل على ما نذكر ولا ترجع حقوق العقد اليه حتى لا يطالب بالمهر وتسليم الزوجة بخلاف البيع لا يصح ان يكون الواحد فيه وكيلا من جهة البائع والمشترى فانه فيه مباشر ترجع الحقوق اليه ويستغنى عن الاضافة والواحد يصلح ان يكون معبرا عن اثنين والتمانع انما هو فى الحقوق لا فى نفس التلفظ فالذى يرجع اليه لا امتناع فيه والذى فيه الامتناع لا يرجع اليه ولا انتقال لكونه معبرا بعبارة الغير فيكون ذلك العقد قائما باربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو فى الاثر واعلم انه يستثنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين الاب فانه لو باع مال ابنه من نفسه او اشتراه ولو بغبن يسير صح ولا يخفى ان هذا على التشبيه والا فبيع الاب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والاصالة ثم اذا تولى طرفيه قال المص فقوله زوجت فلانة من نفسى يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول بعده وكذا ولى الصغيرين القاضى وغيره والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان وقال شيخ الاسلام خواهر زاده هذا اذا ذكر لفظا هو اصيل فيه اما اذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفى فان قال تزوجت فلانة كفى فان قال زوجتها من نفسى لا يكفى لانه نائب فيه وعبارة الهداية وهى ما ذكرناه آنفا صريحة فى نفى هذا الاشتراط وصرح بنفيه فى التجنيس ايضا فى علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال رجل زوج بنت اخيه من ابن اخيه فقال زوجت فلانة من فلان يكفى ولا يحتاج ان يقول قبلت وكذا كل من يتولى طرفى العقد اذا اتى باحد شطرى الايجاب يكفيه ولا يحتاج الى الشطر الآخر لان اللفظ الآخر الواحد يقع دليلا من الجانبين **قوله** فان كل عقد كالبيع والاجارة ونحوهما صدر من الفضولى وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة فاذا اجاز

صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد

من له الاجازة ثبت حكمه مستندا الى العقد وفسر المجيز فى النهاية بقابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا او وكيلا او اصيلا وقال فى فصل بيع الفضولى من النهاية الاصل عندنا ان العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد وان لم يكن تبطل والشراء اذا وجد نفاذا ينفذ على العاقد والا توقف بيانه الصبى اذا باع ماله او اشترى او تزوج او زوج امته او كاتب عبده ونحوه يتوقف على اجازة الولى فى حالة الصغر فلو بلغ قبل ان يجيزه الولى فاجاز بنفسه نفذ لانها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه ولو طلق الصبى امرأته او خالعها او اعتق عبده على مال او دونه او وهب وتصدق او زوج عبده او باع ماله محاباة فاحشة او اشترى باكثر من القيمة بما لا يتغابن فيه او غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة ولو اجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد الا اذا كان لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الانشاء كان يقول بعد البلوغ اوقعت ذلك الطلاق والعتاق انتهى وهذا يوجب ان يفسر المجيز هنا بمن يقدر على امضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولى اذ لا توقف فى هذه الصورة وان قبل فضولى آخر او ولى لعدم قدرة الولى على امضائها ولو اراد هنا بالمجيز المخاطب مطلقا كان ينبغى ان يقول له مجيز ومن يقدر على انفاذه ليصح جواب المسئلة اعنى قوله انعقد موقوفا لان الصبى فى الصورة المذكورة فضولى وان قبل بعقده آخر لا يتوقف لعدم من يقدر على انفاذه وعلى هذا لا يكون العقد شاملا لليمين لانها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة امضائه فقط وصورته ان يقول اجنبى لامرأة رجل ان دخلت الدار مثلا فانت طالق فانه يتوقف على اجازة الزوج فان اجاز تعلق فتطلق بالدخول ولو دخلت قبل الاجازة لا تطلق عند الاجازة فان عادت فدخلت بعدها طلقت كذا فى الجامع وفى المنتقى اذا دخلت قبل الاجازة فقال الزوج اجزت الطلاق على فهو جائز ولو قال اجزت هذه اليمين على لزمته اليمين ولا يقع الطلاق حتى تدخل بعد الاجازة وعرف مما ذكرنا ان الصبى اذا تزوج يتوقف على اجازة وليه لان الصبى العاقل من اهل العبارة غير انه محتاج الى رأى الولى فالصواب ان يحمل المجيز على من له قدرة الامضاء ويندرج المخاطب فى ذكر العقد من قوله كل عقد يعقده الفضولى فان اسم العقد لا يتم الا بالشطرين او ما يقوم مقامهما فعلى هذا قوله ما لا مجيز له اى ما ليس من يقدر على الاجازة يبطل كما اذا كان تحته حرة فزوجه الفضولى امة او اخت امرأته او خامسة او زوجه معتدة او مجنونة او صغيرة يتيمة فى دار الحرب او اذا لم يكن سلطان ولا قاض لا يتوقف لعدم من يقدر على الامضاء حالة العقد لان دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم يملك تزويج اليتيمة وكان كالمكان الذى فى دار الاسلام ليس له حاكم ولا سلطان فانه ايضا يتعذر تزويج الصغائر فيه الا اللاتى لا عواصب لهن فوقع باطلا حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فاجاز لا ينفذ اما اذا كان فيجب ان يتوقف لوجود من يقدر على الامضاء ولا يلزم على هذا المكاتب اذا تكفل بمال ثم اعتق حيث تصح هذه الكفالة حتى يؤخذ فيها بعد الحرية وان لم يكن لها مجيز حال وقوعها وكذا اذا وكل المكاتب بعتق عبده ثم اجاز هذه الوكالة بعد العتق نفذت الوكالة وكذا الوصى بعين ماله ثم عتق فاجاز الوصية يصح لان كفالة التزام المال فى الذمة وذمته قابلة للالتزام لكن لا يظهر للحال لحق المولى فاذا زال المانع بالاعتاق ظهر موجبها والتوكيل والوصية فالاجازة فيهما انشاء لانهما ينعقدان بلفظ الاجازة والانشاء لا يستدعى عقدا سابقا وكذا لو قال لآخر اجزت ان تطلق امرأتى او ان تعتق عبدى او ان تكون وكيلى او ان تكون مالى وصية كان توكيلا ووصية بخلاف غيرها من التصرفات او قال اجزت عتق عبدى او ان تكون فلانة زوجتى او ان يكون مالى لفلان لا يتم ثم شرع يستدل على توقف عقد الفضولى فقال ان ركن العقد وهو الايجاب والقبول صدر من اهله وهو العاقل البالغ مضافا الى محله وهو غير المحرمات والحال انه لا ضرر فى انعقاده على التوقف انما الضرر فى ابرامه بدون اختيار من له الاجازة فوجب ان ينعقد موقوفا على الاجازة حتى اذا رأى من له الاجازة المصلحة فيه ينفذه والا تركه فما فيه الضرر لم يثبت بهذا العقد وما فيه مصلحة وهو توقفه على الاجازة عند ظهور وجه وجود المصلحة بل هو الثابت فكان تصرف الفضولى هذا من باب الاعانة

ومن قال اشهدوا انى قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا انى زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هى التى قالت جميع ذلك وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب واصيلا من جانب عنده خلافا له وله لو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولى والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مامورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما فى البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واختاه لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به

على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكفوء والمهر وجبر السلعة فوجب اعتباره على الوجه الذى قلنا لانه داخل فى عموم فعل الخيرات وقد يتراخى حكم العقد عن العقد كما فى البيع بشرط الخيار للبائع يتراخى ملك المشترى الى اختيار البائع البيع فعدم ترتبه فى الحال على عقد الفضولى لا يوجب بطلانه والاولى ان يقال عقد يرجى نفعه ويتعقبه حكمه ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فوجب انعقاده كذلك حتى اذا راى الحظ فيه لك لا يقدر على اثبات حكمه فيلغو ممنوع الملازمة بل اذا ليس من مصلحته وانما قلنا هذا لان قوله صدر من اهله مما يمنع ويقول الشافعى ان اريد اهل العقد فى الجملة فمسلم ولا يفيد وان اريد هذا العقد الذى فيه هو فضولى فممنوع بل اهله من له ولاية اثبات حكمه **قوله** ومن قال اشهدوا انى قد تزوجت فلانة يعنى الغائبة من غير اذن سابق منها له فبلغها فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا انى قد تزوجتها منه فقبل آخر فبلغها فاجازت جاز وان لم يقبل احد لم يجز ولذلك ان كانت هى التى قالت جميع ذلك يعنى يكون العقد باطلا اذا قالت اشهدوا انى قد تزوجت فلانا يعنى الغائب من غير اذن سابق لها منه فبلغه الخبر فاجاز وان قال آخر اشهدوا انى قد زوجتها منه فقبل آخر عن الغائب فبلغه فاجاز جاز وان لم يقبل احد عن الغائب لم يجز وان اجاز هذا عند ابى حنيفة ومحمد رح يعنى هذا التفصيل وقال ابو يوسف فيهما يجوز اذا اجاز الغائب وان لم يقبل احد بقيت صورة ثالثة هى ان يقول رجل زوجت فلانة من فلان فيكون فضوليا من الجانبين ان قبل منه فضولى آخر توقف اتفاقا والا فعلى الخلاف فتحصل ست صور ثلاث اتفاقية وهى قول الرجل تزوجت فلانة او المرأة تزوجت فلانا او الفضولى زوجت فلانا من فلانة وقبل آخر فيها وثلث خلافية هى هذه اذا لم يقبل احد ثم قال وحاصل الخلاف الخ يعنى اصل الخلاف اختلافهم فى ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب اصيلا من جانب او وكيلا او وليا وقيده بعضهم بما اذا تكلم بكلام واحد اما اذا تكلم بكلامين فانه يتوقف بالاتفاق ذكره فى شرح الكافى والحواشى ولا وجود لهذا القيد فى كلام اصحاب المذهب بل كلام محمد على ما فى الكافى للحاكم ابى الفضل الذى جمع كلام محمد مطلق عنه واصل المبسوط خال عنه قال ويجوز للواحد ان ينفرد بعقد النكاح عند الشهود على اثنين اذا كان وليا لهما او وكيلا ولا يجوز ذلك اذا كان وليا او وكيلا لاحدهما دون الآخر او لم يكن وليا ولا وكيلا لواحد منهما وعبارة المبسوط ايضا كذلك وانما هو من التصرفات والظاهر ان منشاه ما نقل من المبسوط من ان اصل الخلاف فى هذه الصور ان شطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس عندهما وهو قول ابى يوسف اولا ثم قال آخرا يتوقف فاخذ منه ان الفضولى لو تكلم بكلامين بان قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه توقف بالاتفاق يعنى انه عقد لا شطر وان الخلاف فيما اذا تكلم بكلام واحد وقيد به بعضهم قول الهداية والحق الاطلاق وتكلمه بكلامين لا يخرج عن كونه فضوليا من الجانبين وقوله فى الهداية فى وجه قولهما وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس صريح فى ان عدم توقف الشطر اتفاقى لان الالتزام لا يقع الا متفق والا لم يصح فيخالف ما فى المبسوط وهو الراجح لانه لا يعلم خلاف فى انه اذا اوجب احد المتعاقدين البيع او النكاح فلم يقبل الآخر فى المجلس بطل وهذا معنى الاتفاق على ان شطر العقد لا يتوقف والا لجاز ان يقبل فى مجلس آخر فيتم النكاح والبيع عند ابى يوسف رح وليس كذلك والحق ان مبنى الخلاف فى ان ما يقوم بالفضولى عقد تام وشطره فعندهما شطر فلا يتوقف وعنده تام فيتوقف وعلى هذا تقرر الدليل من الجانبين **قوله** هو يقول لو كان مامورا من الجانبين نفذ اتفاقا وهو فرع اعتبار الصادر منه عقدا تاما وهو فرع كلامه مقام كلامين فاذا كان فضوليا من الجانبين يتوقف لانه لا فارق الا وجود الاذن وعدمه واثره ليس الا فى النفاذ فيبقى ما سوى النفاذ من كونه عقدا تاما فيتوقف وحاصله قياس صورة عدم الاذن على صورة الاذن فى كونه عقدا تاما اذ ثبت ثبوته لازمه وهو التوقف بالغاء الفارق وقوله وصار كالخلع يعنى من جانبه والطلاق والاعتاق على مال

ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احدٰهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق

قياس على صور لغرض هي ما اذا قال خالعت امرأتي او طلقتها على الف وهي غائبة فبلغها فاجازت جاز وكذا اعتقت عبدي على الف فبلغه فاجاز جاز كالاولى ولنا ان القائم به شطر العقد وشطره لا يتوقف اما الثانية فبالاتفاق واما الاولى فلانه شطر حالة الحضرة اي خطاب الحاضر وقبوله فكذا حالة الغيبة لانه لا فرق بحال الا ان يتكلم بكلامين حالة الغيبة وذلك لا يوجب مصيرورته عقدا تاما الا ان كون كلام الواحد عقدا تاما هو كونه اثرا ماموراً من الطرفين او من طرف وله ولاية الطرف الآخر وهذا لان العقد عبارة عن كلام اثنين متبادلين وكلام الواحد ليس كلام اثنين الا حكما لامرهما له او ولاية له ولا اذن للفضولي فلا عقد تام يقوم به فتضمن هذا التقرير منع كون الاذن ليس اثره الا في النفاذ بل تاثيره في النفاذ يستلزم تاثيره في كونه عقدا تاما وفي كون كلامه الكلامين لتوقف النفاذ على ذلك ولو سلم عدم تاثيره فيها لم يلزم كون كلام الفضولي عقدا تاما الا ان كون الكلام عقدا تاما لازم شرعي مساو للنفاذ ولا اذن في الفضولي فانتفى حكمه بلازمه المساوي بخلاف الخلع واخويه لانه تصرف يمين حتى لا يملك الرجوع لانه تعليق الطلاق والعتق بقبولها المال فيتم به اذ ليس عقدا حقيقيا وكذا لو كانت هي الخالعة بان قالت خالعت زوجي على الف لم يتوقف لانه من جانبها مبادلة وعورض بانه لو كان تعليقا لم يبطل لكنه يبطل لو قال طلقتك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول بطل وليس لها ان تقبل بعده اجيب لا يلزم من كونه تعليقا ان لا يبطل بالقيام بل من التعليقات ما يبطل به ويقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله انت طالق ان شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس وهذا مثله **فروع** للفضولي في النكاح ان يفسخه قبل الاجازة عند ابي يوسف رحمه الله حتى لو اجاز من له الاجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول ابي يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد رحمه الله ويفرق بان حقوق العقد في البيع ترجع الى الفضولي بعد الاجازة لانه يصير كالوكيل بخلاف النكاح هذا وتثبت الاجازة بالخبرة ونحوه بلا خلاف وكذا بقوله نعم ما صنعت وبارك الله لنا واحسنت واصبت على المختار واحتماله الاستهزاء لا ينفي ظهوره في الاجازة وكذا هذا في طلاق الفضولي وبيعه وكذا اذا هنأه فقبل التهنئة لانه دليل الرضا وكذا اذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها لعبده لان تمرده تقتضي حمله على ما يناسبه من المتاركة وسياق الكلام فيه ولو زوجه الفضولي اربعا في عقدة وثلثا في عقدة فطلق واحدة من فريق كان اجازة لنكاح ذلك الفريق لان الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح وكذا لو ادعت على رجل نكاحا فانكر ثم طلقها او قالت لرجل طلقني يكون اقرارا بالنكاح الصحيح لان دعواها لم يبطل كونها كذبا وتمردا ليكون ظاهرا في المتاركة بخلاف ما لو باشره العبد بلا اذن سيده وقوله بالفارسية باك نيست اجازة على ما اختاره ابو الليث لانه يستعمل للاجازة ظاهرا وشك في ذلك في المرأة وقبول المهر اجازة وقبول الهدية ليست باجازة لانه لا يتوقف سلامته على النكاح بخلاف المهر

قوله ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه ثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما هذا شروع في مسائل الوكيل ولا تشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل وانما ينبغي ان يشهد على الوكالة اذا خيف جحد الموكل اياها وقوله لم يلزمه واحدة منهما يعني اذا لم يعينها للوكيل وكانه اكتفى بالتنكير دلالة على ذلك اما اذا عينها فزوجه اياها مع اخرى في عقدة واحدة نفذ في المعينة ولو زوجه اياها في عقدتين لزمه الاولى وتوقف الثانية لانه فضولي فيه ولو امره بثنتين في عقدة فزوجه واحدة جاز بخلاف ما لو امره بشراء ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لان الجملة في البيع مظنة الرخص فاعتبر تقييده وليس في النكاح كذلك فلا يعتبر الا ان قال لا تزوجني الا امرأتين في عقدة واحدة ثم افاد وجه ما ذكر في الكتاب بقوله لا وجه الا تنفيذهما للمخالفة ولا الى تنفيذ احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق وهو غير مطابق للدعوى لانها عدم لزوم واحدة منها لا لزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها اذ له ان يجيز نكاحهما او نكاح احديهما وانما هو لازم كما ذكره بل الاولى عدم

ومن امر اميرا بان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو والله اعلم

امكان تنفيذهما وتنفيذ احدهما منهما ومعينا فانتفى اللزوم مطلقا وهو المطلوب وكان ابو يوسف يقول اولا يصح نكاح احدهما بالخيار عليهما وللبيان الى الزوج ثم رجع لانه انما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط واذا وقع التعليل بالمخالفة لعدم النفاذ فلنذكر من فروعه فالوكيل اذا خالف الى خير لو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده وليس منه ما اذا امره بالنكاح الفاسد فزوجه صحيحا بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح لان النكاح الفاسد ليس نكاحا لانه لا يفيد حكمه وهو الملك واما العدة بعد الدخول فيه وثبوت النسب فليس حكما بل للشبهة اذا لم يتمحض زنى بخلاف البيع الفاسد فانه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه الى البيع الصحيح خلافا الى خير فيلزم وليس منه ما اذا وكله بالنكاح بالف فلم ترض المراة حتى زادها الوكيل ثوبا من مال نفسه فانه لا ينفذ والنكاح موقوف على اجازة الزوج لانه خلاف الى ضرر لان الثوب لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الوكيل لانه متبرع ولا ضمان على متبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك الا بعد الدخول فهو بالخيار ولا يكون الدخول بها رضا بما صنع الوكيل لانه لم يعلم فان فارقها بعد الدخول فلها الاقل من المسمى ومهر المثل لانه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك بخلاف ما لو امره بعمياء فزوجه بصيرة جاز ولو امره ببيضاء فزوجه سوداء او على القلب او من قبيلة فزوجه من اخرى او بامة فزوجه حرة لا يجوز ولو زوجه مدبرة او مكاتبة او ام ولد جاز قوله ومن امره امير ان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا والتقييد بالامير مطلقا وان كان امير المؤمنين ليعلم ذلك فيمن دونه بطريق اولى فحاصل المسئلة اذا امر غيره بتزويجه فزوجه امراة لا تكافيه ولا تهمة ولو زوجه امة لغيره او عمياء او مقطوعة اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة جاز عنده خلافا لهما ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز اتفاقا وقيل هو قوله خلافا لهما ولو زوج وكيل المراة المراة غير كفو قيل هو على الخلاف وقيل الصحيح انه لا يجوز اتفاقا والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان المراة تعير بغير الكفو فتتقيد اطلاقها به بخلاف الرجل فانه لا يعير بعدم كفاءتها له لانه مستفرش والطي لا يغيظه دناءة الفراش اما لو كانت امة للوكيل فلا يجوز للتهمة ولهذا لو وكل امراة فزوجته نفسها او وكلت رجلا فزوجها من نفسه لا يجوز وكذا اذا زوج وكيل الرجل بنته او بنت ولده او بنت اخيه وهو وليها لا يجوز للتهمة ولهما ان المطلق يتقيد بالعرف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك اي الواقع من اهل العرف تزوجهم بالمكافيات وغير المكافيات فليس مختصا بتزويج المكافيات لينصرف الاطلاق اليه او عرف عملي فلا يصلح مقيدا للفظ اذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم اليه لفظ تقييده ولا يخفى ما في هذا الوجه وقولهم في الاصول الحقيقة تترك بدلالة العادة بعينه وليست العادة الا عرفا عمليا فالاولى الاول قال الاسبيجابي قولهما احسن للفتوى واختاره الفقيه ابو الليث وقد يكون في سكوت الشيخ عقيب قوله وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزوج بالمكافية اشارة الى اختيار قولهما لان الاستحسان مقدم على غيره الا في المسائل المعلومة والحق ان قول ابي حنيفة رحمه الله ليس قياسا لانه اخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر في اي الاستحسانين اولى وفي وجه الاستحسان المذكور دفع القول من قال من المشايخ ان هذه المسئلة دلت على ان الكفاءة معتبرة عندهما في النساء للرجال اذ ظهر ان قولهما ليس بناء عليه بل على ان الظاهر ان الاستعانة لا تحصل الا لتحصيل المناسب لا فيما صدق عليه مطلق الاسم لان كل احد يقدر على ذلك هذا ولو الوكيل تزويج امراة بعينها تملكه بالغبن اليسير اجماعا والفاحش عنده خلافا لهما والفرق له بينه وبين الشراء حيث لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش اتفاقا ان التهمة

باب المهر

قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح

في حق الوكيل بالنكاح منتفية بسبب عدم استغنائه عن اضافة العقد الى موكله فيجوز منه بالغبن الكثير بخلاف الشراء فانه يستغني فيه عنه فتمكنت تهمة
انه اشترى لنفسه فوجده خاسرا فجعله لموكله ومعنى لا يجوز هنا لا ينفذ النكاح الا ان يجيزه وكذا ان سمى الوكيل مثلا الفا فزوجه باكثر
فان دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره لان هذا الدخول ليس رضا لانه على اعتبار ان الوكيل لم يخالفه اذ لم يعلم بخلافه بخلاف ما
لو علم فدخل بها فان فارقها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل فان كان الوكيل او الرسول ضمن المهر واخبرهم انه امره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة
في المهر لزم الوكيل او الرسول نصف المهر وليس له ان يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة لانه لما لم يمتثل صار فضوليا ولو كانت هي الموكلة وسمت الفا
مثلا فزوجها الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوجتك بدينار وصدقه الوكيل ان اقر الزوج ان المرأة لم توكله بدينار فهي بالخيار ان شاءت
اجازت النكاح بدينار وان شاءت ردته ولها مهر مثلها بالغا ما بلغ ولا نفقة عدة لها لانها لما ردت تبين ان الدخول حصل في نكاح موقوف
فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة وان كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها فان ردت فباقي الجواب بحاله قال المصنف في التجنيس يجب ان يحتاط
في مثل هذا الامر لانه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه اولاد ثم تنكر المرأة قدر ما زوجها الوكيل به يكون القول قولها فترد النكاح وكذا هذا
في سائر الاولياء اذا كانت المرأة بالغة وهذا ما ذكر في الرسول من مسائل اصل المبسوط قال واذا ارسل الى المرأة رسولا حرا او عبدا صغيرا
او كبيرا فهو سواء اذا بلغ الرسالة فقال ان فلانا يسألك ان تزوجيه نفسك فاشهدت انها زوجته وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول
فان ذلك جائز اذا اقر الزوج بالرسالة او قامت عليه بينة فان لم يكن احدهما فلا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان الآخر
فضوليا ولم يرض الزوج بصنعه ولا يخفى ان مثل هذا بعينه في الوكيل ثم ذكر في الرسول فروعا كلها تجري في الوكيل لا بأس بذكرها لفوائد
قال فان كان الرسول زوجها وضمن لها المهر وقال قد امرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان اقر بذلك او ثبت ببينة والضمان لازم للرسول
ان كان من اهل الضمان فان جحد ولا بينة بالامر فلا نكاح وللمرأة على الرسول نصف المهر لانه مقر بانه امره بذلك وان النكاح جائز وان الضمان
قد لزمه واقراره على نفسه صحيح قال وذكر في كتاب الوكالة قال محمد رحمه الله على الوكيل المهر كله لان جحود الزوج ليس بفرقة وهذا يبين لك ان لا فرق
في هذه الاحكام بين الرسول والوكيل ثم قال في المبسوط فقيل ما ذكر هنا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وهناك قول محمد وابي يوسف الآخر
بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا عنده فتنفذ بالفرقة قبل الدخول ويسقط نصف المهر وعلى قول محمد رحمه الله لا ينفذ باطنا فيبقى جميع
المهر على الزوج فيجب على الكفيل لاقراره به وقيل بل فيه روايتان ووجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره النكاح ليس طلاقا
فلا يسقط به شيء بزعم الكفيل ووجه هذه انه انكر وجوبه عليه وهو يملك اسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكتسبه فيجعل مسقطا فيما يملكه قال
فان كان الرسول قال لم يأمرني ولكني ازوجه واضمن عنه المهر ففعل ثم اجاز الزوج جاز ولزم الزوج الضمان لان الاجازة
كالاذن في الابتداء وان لم يجز لم يكن على الرسول شيء لان اصل السبب قد انتفى برده وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل
باب المهر حكم العقد فيعقبه في الوجود فعقبه اياه في البيان ليحاذي بتحقيقه التعليمي تحقيقه الوجودي قوله ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لا خلاف
في ذلك لان النكاح عقد انضمام يعني ليس مأخوذا في مفهومه المال جزءا فيتم بدونه الا ان قوله عقد لا يستلزمه الا اذا لم يثبت في مفهومه زيادة شرط
وهو منتف اذ قد ثبت زيادة عدم المحرمية ونحوه فلا بد من زيادة شرعا على الدعوى ويدفع ان المهر ايضا واجب شرعا فيه فاجاب بانه وجب

وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رح واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رح ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يجوز ان يكون مهرا لها لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام ولا مهر اقل

شرعا حكما له حيث افاده بقوله فلا يحتاج الى ذكره اذا لم يسم اما انه لشرف المحل اما انه وجب شرعا فلقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم فقيد الاحلال به واما اعتباره حكما فلقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة فان رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله فكان واجبا ليس متقدما وهو الحكم واما انه ابانة لشرفه فلعقليته ذلك اذ لم يشرع بدلا كالثمن والاجرة والا لوجب تقديم تسميته فعلمنا ان البدل النفقة وهذا الاظهار خطره ولا يستهان به ولا فقد تاكد شرعا باظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بالزام المهر فتحصل ان المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم يثبت هو كذلك يثبت مهر المثل عند عدم تسمية المهر قوله وكذا اذا تزوج بشرط ان لا مهر لها اي يصح النكاح وفيه خلاف مالك رح وجه قوله ان النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط ان لا ثمن لا يصح فكذا النكاح بشرط ان لا مهر وكان مقتضى هذا ان يفسد بترك التسمية ايضا الا انا تركناه بالنص السابق ثم بحديث ابن مسعود في المفوضة وسنذكره قلنا حديث ابن مسعود دل على ان المهر غير حكما شرعا والا لما تم بدون التنصيص عليه اذ لا وجود للشيء بلا ركنه وشرطه فحيث كان واجبا ولم يتوقف عليه الوجود كان حكما واذا ثبت به كونه حكما كان شرط عدمه شرطا فاسدا وبه لا يفسد النكاح بخلاف البيع لان الثمن ركنه فلا يتم دون ركنه وبهذا ظهر ان ركن البيع بعت بكذا لا مجرد قوله بعت هذا او يصح الرهن بمهر المثل لانه كالمسمى في كونه دينا فان هلك وبه وفاء كانت مستوفية فان طلقها قبل الدخول لزمها ان ترد ما زاد على قدر المتعة ولو كان الرهن قائما وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها ان تحبسه بالمتعة في قول ابي يوسف الآخر وفي قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لانها خلفه والرهن بالشيء يحبس بخلفه كالرهن بالعين المغصوبة تكون محبوسة بالقيمة وجه الآخر انها دين آخر لانها ثياب وهي غير الدراهم والدليل عليه ان الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة ويتفرع على القولين ما اذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمنعته حتى هلك بل يضمن تمام قيمته ففي قوله الاول لا ضمان عليها لانها حبسته بحق وفي الآخر تضمن تمامه لانها غاصبة ولو هلك قبل منعها لا ضمان عليها ولكنها في قوله الاول تصير مستوفية للمتعة وفي قوله الآخر لها ان تطالبه بها قوله واقل المهر عشرة دراهم فضة وان لم تكن مسكوكة بل تبرا وانما تشترط المسكوكة في نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود الحد وهذا عندنا وعند مالك رح ربع دينار وعند النخعي اربعون وقال الشافعي واحمد رح ما يجوز كونه ثمنا لانه حقها اذ جعل بدل بضعها ولذا تتصرف فيه ابراء واستيفاء فيكون التقدير اليها ويدل على عدم تعيين العشرة حديث عبد الرحمن بن عوف حيث قال فيه كم سقت اليها قال وزن نواة من ذهب فقال بارك الله لك ولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلاثة وثلث وقيل النواة فيه نواة التمر وعن جابر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعطى في صداق امراة ملء كفيه سويقا او تمرا فقد استحل رواه ابو داؤد ولان قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين يوجب وجود المال مطلقا فالتعيين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وانتم تمنعونه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من حديث جابر رض الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يتزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة رواه الدارقطني والبيهقي وتقدم الكلام عليه في الكفاءة فوجب للجمع فحمل كلما افاد ظاهره كونه اقل من عشرة على انه المعجل وذلك لان العادة عندهم كان تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء الى انه لا يدخل بها حتى يقدم شيئا لها نقل عن ابن عباس وابن عمر رض والزهري وقتادة رض تمسكا بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا فيما رواه ابن عباس رض ان عليا لما تزوج بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم اراد ان يدخل بها فمنعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال

من عشرة ولأنه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة

اعطها درعا فاعطاها درعه ثم دخل بها لفظ ابي داود ورواه النسائي ومعلوم ان الصداق كان اربعمائة درهم وهي فضة لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة رضي قالت امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ادخل امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئا رواه ابو داود فيحمل المنع المذكور على الندب اي ندب تقديم شيء ادخالا للمسرة عليها تألفا لقلبها واذا كان ذلك معهودا وجب حمل ما يخالف ما رويناه عليه جمعا بين الاحاديث وكذا يحمل امره صلى الله عليه وسلم بالتماس خاتم من حديد على انه تقديم شيء تألفا ولما عجز قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك رواه ابو داود وهو محمل رواية الصحيح زوجتكها بما معك من القرآن فانه لا ينافيه وبه تجتمع الروايات قيل لا تعارض ليحتاج الى الجمع فان حديث جابر رض فيه مبشر بن عبيد والحجاج بن ارطاة وهما ضعيفان عند المحدثين قلنا له شاهد يعضده وهو ما عن علي رض قال لا تقطع اليد في اقل من عشرة دراهم ولا يكون المهر اقل من عشرة دراهم رواه الدارقطني والبيهقي وقال محمد بلغنا ذلك عن علي وعبد الله بن عمر وعامر وابراهيم ورواه باسناده الى جابر في شرح الطحاوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا من المقدرات فلا يدرك الا سماعا لكن فيه داود الاودي عن الشعبي عن علي وداود هذا ضعفه ابن حبان والحق ان وجود ما ينفي بحسب الظاهر تقدير المهر بعشرة في السنة كثير منها حديث التمس ولو خاتما من حديد وحديث جابر من اعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا الحديث وحديث الترمذي وابن ماجه انه صلى الله عليه وسلم اجاز نكاح امرأة على نعلين صححه الترمذي وحديث الدارقطني والطبراني عنه صلى الله عليه وسلم ادوا العلائق قيل وما العلائق قال ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيبا من اراك وحديث الدارقطني عن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم قال لا يضر احدكم بقليل ماله تزوج او بكثيره بعد ان يشهد الا انها مضعفة ما سوى التمس فحديث من اعطى فيه اسحق بن جبريل قال في الميزان لا يعرف وضعفه الازدي ومسلم بن رومان مجهول ايضا وحديث النعلين وان صححه الترمذي فليس بصحيح فيه عاصم بن عبيد الله قال ابن الجوزي قال ابن معين ضعيف لا يحتج به وقال ابن حبان فاحش الخطأ فترك وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن السلماني قال ابن القطان قال البخاري منكر الحديث ورواه ابو داود في المراسيل وفيه محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى ضعيف وحديث الخدري فيه ابو هارون العبدي قال ابن الجوزي قال حماد بن زيد كان كذابا وقال السعدي مثله مع احتمال كون قيمة النعلين تساوي عشرة وكون العلائق ما يراد بها النفقة والكسوة ونحوها الا انه اعم من ذلك واحتمال التمس خاتما في المعجل وان قيل انه خلاف الظاهر لكن يجب المصير اليه لانه قال فيه بعده زوجتكها بما معك من القرآن فان حمل على تعليمه اياها معه او نفي المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى بعد عد المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين فقيد الاحلال بالابتغاء بالمال فوجب كون الخبر غير مخالف له والا لم يقبل ما لم يبلغ رتبة التواتر وهي قطعي في دلالته لانه منسوخ للقطعي فيستدعي ان يكون قطعيا فاما اذا كان خبرا واحدا فلا فكيف واحتمال كونه غير تمام المهر ثابت بناء على ما عهد من لزوم تقديم شيء او ندبه كان واقعا فوجب الحمل على ذلك لكن يبقى كون الحمل على ذلك عملا بخبر واحد لم يصح عند المحدثين يستلزم الزيادة على النص لانه يقتضي تقييد الاحلال بمطلق المال فالقول بانه لا يحل الا بمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وانه لا يجوز فان قيل قد اقترن النص نفسه بما يفيد تقديره بمعين وهو قوله تعالى عقيبه قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وما ملكت ايمانهم ثم ذلك المعين مجمل فيلتحق بيانا بخبر الواحد قلنا انما افاد النص معلومية المفروض له سبحانه والاتفاق على انه في الزوجات والمملوكين ما يكفي كلا من النفقة والكسوة والسكنى فهو مراد من الآية قطعا وكون المهر ايضا مرادا بالسياق لانه عقيب قوله خالصة لك يعني نفي المهر خالصة لك وغيرك قد علمنا ما فرضنا عليهم من ذلك فخالف حكمهم حكمك لا يستلزم تقديره بمعين وتقرير الصورة في تقدير المهر قياس حاصله المهر حق الشرع بالآية

ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عند نا وقال زفر رحمه الله مهر المثل لان التسمية بما لا يصلح مهرا كالعدم
ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيًا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة
لرضاها بما دونها ولا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرمًا ولا ترضى فيه بالعوض
اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلثة رحمهم الله وعنده تجب المتعة كما اذا لم
يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل

وسببه اظهار الخطر للبضع على ما تقدم ومطلق المال لا يستلزم الخطر كحبة حنطة وكسرة وقد عهد في الشرع تقدير ما يستباح به العضو بماله خطر وذلك عشرة في حد السرقة فيقدر به في استباحة البضع وهذا في رد المختلف فيه الى المختلف فيه فان حكم الاصل ممنوع فانهم لا يقدرون نصاب السرقة بعشرة وايضا المقدر في الاصل عشرة مسكوكة او ما يساويها ولا يشترط في المهر ذلك فلو سمى عشرة تبرا تساوي تسعة مسكوكة تجاز اللهم الا ان يجعل استدلالا على انه مقدر خلافا للشافعي رحمه الله في نفيه **قوله** ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل قياسا على عدم التسمية بجامع ان التسمية الاقل تسمية ما لا يصلح مهرا وتسمية ما لا يصلح كعدمها فتسمية الاقل كعدم التسمية وعدم التسمية فيه مهر المثل فتسمية الاقل فيه مهر المثل وقولنا استحسان وله وجهان احدهما ان العشرة في كونها صداقا لا تتجزى شرعا وتسمية بعض ما لا يتجزى كتسمية كله كما لو تزوج نصفها او طلق نصف تطليقة حيث ينعقد ويقع طلقة فكذا التسمية لبعض العشرة والثاني وهو المذكور في الكتاب حاصله ان في المهر حقين حقها وهو ما زاد على العشرة الى مهر مثلها وحق الشرع وهو العشرة وللانسان التصرف في حق نفسه بالاسقاط دون حق غيره فاذا رضيت بما دون العشرة فقد اسقطت من الحقين فيعمل في مالها الاسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه فايجاب الزائد بلا موجب فان قيل القياس المذكور موجب له ولم يبطل بعد لانه معارضة قلنا ابطاله ان التشبيه المذكور اما في الحكم ابتداء بان يدعى اندراج تسمية ما لا يصلح في عدمها فثبوت الحكم فيه اعني وجوب مهر المثل ح بالنص والاجماع دون القياس ح يمنع الاندراج واما في الجامع فهو القياس ليثبت حكم الجامع في محل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته في الفرع اذ قياس الشبه الطردي باطل ولا يعلم ما هو الا ان يعينه عدم القدرة على تسليم شيء اذ لا قدرة على تسليم العدم بوجه ح تمنع كلية الكبرى لان عدم القدرة يخص ما ليس بمال كالمجهول فاحشا وان عينه فوات الخطر الذي وجب لاجله المهر على ما قررتم قلنا فيجب ما يتحقق به ولم يتعين مهر المثل لتحققه بالعشرة فالزائد بلا موجب واما افساد المص لقوله لا معتبر لعدم التسمية الخ يعني لا نسلم ان كل ما لا يصلح مهرا يكون كعدم التسمية في ايجاب مهر المثل لان عدمها يصار الى ان يكون لرضاها بغير مهر فانه قد يكون لطلبها مهر المثل لمعرفة انه حكمه ورضاها بلا مهر لا يستلزم رضاها بالعشرة فما دونها لانها قد ترضى بعدمه تكرما على الزوج ولا ترضى بالعوض اليسير ترفعا فبعيد عن المبنى ولو قيل عدم التسمية ظاهر في القصد الى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت في التنازع فيه ظهور ذلك والا لتركوا التسمية راسا لان زيادة التسمية ح تكلف امر مستغنى عنه في المقصود وهو قصد مهر المثل مع انه مختلف في كون حكم تسمية ما دون العشرة وجوب مهر المثل بل الظاهر انها رضيت بالعشرة لما صرحت بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الاصل فيه والا لكان اقرب مع انه لم يمس المبنى ثم فرع على الخلاف فقال ولو طلقها قبل الدخول اي في صورة تسمية ما دون العشرة ولها خمسة عند علمائنا الثلاثة لان موجب هذه التسمية عشرة وعنده المتعة وفي المبسوط وكذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة خلافا له ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة وتعتبر قيمة الثوب يوم التزوج عليه وكذا لو سمى مكيلا او موزونا لان تقدير المهر اعتباره عند العقد وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفي المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلا تعتبر قيمته وقت القبض انتهى وعلم مما ذكر ان المراد ثوب بغير عينه اما لو كان بعينه فانها تملك بنفس العقد كما سيعلم **قوله** فلها المسمى ان دخل بها الخ هذا اذا لم تكسد الدراهم المسماة فان كان تزوجها على الدراهم

وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله

التي هي نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فانما على الزوج قيمتها يوم كسدت على المختار بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ما سيعرف

قوله وبه يتأكد البدل اي يتأكد لزومه فانه كان قبل لازما لكن على شرف السقوط بارتدادها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة **قوله** والشيء بانتهائه يتقرر لان انتهاءه عبارة عن وجوده بتمامه فيستعقب مواجبه الممكن الزامها من المهر والارث والنسب بخلاف النفقة ويعلم من هذا الدليل ان موتها ايضا كذلك فالاقتصار على موته اتفاق و لا اختلاف للاربعة في هذا سواء كانت حرة او امة **قوله** وان طلقها قبل الدخول والخلوة اي بعدما سمى فلها نصف المهر ثم ان كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق ويعود النصف الى ملك الزوج وعندنا لا يبطل ملك المراة في النصف الا بالقضاء او الرضاء لان الطلاق قبل الدخول اوجب فساد سبب ملكها في النصف وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض فاولى ان لا يمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف ما لو اعتق الزوج الجارية المهر بعد الطلاق قبل الدخول وهي مقبوضة للمراة نفذ عتقه في نصفها عنده وعندنا لا ينفذ في شيء منها ولو قضاء القاضي بعد عتقه بنصفها له لا ينفذ ذلك العتق لانه عتق سبق ملكه كالمقبوض بالشراء فاسدا اذا اعتقه البائع ثم رد عليه لا ينفذ ذلك العتق الذي كان قبل الرد ولو اعتقها المراة بعد الطلاق نفذ في الكل وكذا ان باعت او وهبت لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والتراضي عندنا واذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفى بالوطي في حكم العين دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة وازالة البكارة بلا دخول كمن تزوج بكرا فدفعها فزالت بكارتها ليس كالدخول فلا يوجب الا نصف المهر عند ابي حنيفة رح وعند محمد ره كماله واختلف الرواية عن ابي يوسف فقيل هو مع محمد وقيل مع ابي حنيفة **قوله** والاقيسة فيه متعارضة جواب عن سوال مقدر هو ان الآية وهي قوله تعالى فنصف ما فرضتم عام في المفروض اعطي حكم التنصيف وقد خص منه ما اذا كان المفروض نحو الخمر وما اذا سمى بعد العقد الخالي عن التسمية فانه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فجاز ان يعارضه القياس وقد وجد وهو انه في طلاقه قبل الدخول تفويت الملك على نفسه باختياره فكان كاعتاق المشتري العبد المبيع واتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى او يقال هو رجوع المبدل اليها سالما فكان كما اذا تقايلا قبل القبض في البيع يسقط كل الثمن فقال الاقيسة متعارضة فان مقتضى الاول وجوب المسمى بتمامه كما ذكرنا ومقتضى الثاني لا يجب لها شيء اصلا فتساقطا فبقي النص على ما كان عليه فكان المرجع اليه وعلى هذا يسقط ما اورد من ان مقتضى العبارة ان المصير الى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لان ذلك في نص لا يعارضه القياس ومن ان القياسين اذا تعارضا لا يتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في احدهما لان ذلك فيما اذا لم يكن عموم نص يرجع اليه لكن تقرير السوال على الوجه المذكور لا يتوجه لان تمام معنى الآية هو انتصاف المسمى بالطلاق قبل الدخول قال الله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فتوجيه السوال بان النص قد خص وقياس الطلاق قبل الدخول على اتلاف المبيع ونحو ذلك يوجب ان لا يجب شيء باطل لانه ح نسخ لتمام موجب النص لا تخصيص اذ لم يبق تحت النص على ذلك التقرير شيء وليس بنسخ العام المخصوص بالقياس بل يخص به فلا يتوجه ليعارض باخر بجمعه من الاخراج وتقريره لا على انه جواب سوال يرد عليه ما ذكرنا انه يسقط على ذلك التقرير فلم يكن حاجة في الاستدلال سوى التعرض للنص الا ان يكون قصد ذكر الواقع في نفس الامر **قوله** وشرط يعني القدوري رح في لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول ان يكون قبل

قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرًا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها
وقال الشافعي رح لا يجب شئ فى الموت واكثرهم على انه يجب فى الدخول له ان المهر خالص حقها
فتتمكن من نفيه ابتداءً كما تتمكن من اسقاطه انتهاءً ولنا ان المهر وجوبًا حق الشرع على ما مر
وانما يصير حقًا لها فى حالة البقاء فتملك الابراء دون النفى ولو طلقها قبل الدخول بها
فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الاية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر

الخلوة لانها كالدخول عندنا فى تاكد تمام المهر بها **قوله** وان تزوجها ولم يسم لها مهرا الخ الحاصل ان وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لا مهر فيه عندنا سواء سكت عن المهر او شرط نفيه او سمى فى العقد وشرط رده او مثله من جنسه وصورته هذا تزوجها على الف على ان ترد اليه الفا صح ولها مهر مثلها بمنزلة عدم التسمية لان الالف بمقابلة مثلها بقى النكاح بلا تسمية بخلاف ما لو تزوجها على الف على ان ترد عليه مائة دينار جاز وتقسم الالف على مائة دينار ومهر مثلها فما اصاب الدنانير يكون صرفا يشترط فيه التقابض وما يخص مهر المثل يكون مهرا فان طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج ان كانت قبضت الالف لان المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس تكون المقابلة باعتبار القيمة ولو تفرقا قبل التقابض بطل حصة الدنانير من الدراهم وفى هذه الوجوه ان كانت حصة مهر المثل من الالف اقل من عشرة يكمل لها عشرة ومن صور وجوبه ان يتزوجها على حكمها او حكمه او حكم آخر لانه فى الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا ان فى الاضافة الى نفسه ان حكم لها بقدر مهر المثل او اكثر صح او دونه فلا الا ان ترضى واليها ان حكمت بمهر مثلها او اقل جاز او اكثر فلا الا ان يرضى والى الاجنبى ان حكم لها بمهر المثل جاز لا بما اقل الا ان ترضى ولا بالاكثر الا ان يرضى وكذا اذا تزوجها على ما فى بطن جاريته او اغنامه لا يصح بخلاف خلعها على ما فى بطن جاريتها ونحوه يصح لان ما فى البطن بعرضية ان يصير مالا بالانفصال وان لم يكن مالا فى الحال والعوض فى الخلع يحتمل الاضافة كالخلع بخلاف النكاح لا يحتملها فلا يحتملها بدله ومثله ما يخرج نخله وما يكتسب غلامه **قوله** او مات عنها وكذا ان ماتت هى يجب ايضا مهر المثل لورثتها **قوله** وقال الشافعى رح يعنى فى قول عنه لا يجب فى الموت شئ للمفوضة وهو قول مالك رح فى صورة نفى المهر وقوله الآخر كقولنا **قوله** واكثرهم اى اكثر اصحابه **قوله** له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء اى بعد التسمية ولا يخفى ان هذا الاستدلال يقتضى نفى وجوبه مطلقا قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الاكثر ولان عمر وابنه وعليا وزيدا رضوان الله عليهم قالوا فى المفوضة حسبها الميراث ولنا ان سائلا سال عبد الله بن مسعود رض عنها فى صورة موت الرجل فقال بعد شهر اقول فيه بنفسى فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطاء فمن ابن ام عبد وفى رواية فمنى ومن الشيطان والله ورسوله عنه بريئان ارى لها مهر مثل نسائها ولا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل ابن سنان ابو الجراح حامل راية الاشجعين فقال نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى امراة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضائك هذا ففرح ابن مسعود رح سرورا لم يسر مثله قط بعد اسلامه وبروع بكسر الباء الموحدة فى المشهور ويروى بفتحها كذا رواه اصحابنا رح وروى الترمذى والنسائى وابو داود هذا الحديث بلفظ اخصر وهو ان ابن مسعود قال فى رجل تزوج امراة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق لها الصداق كاملا وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق بمثله هذا لفظ ابى داود وله روايات اخر بالفاظ قال البيهقى جميع روايات هذا الحديث واسانيدها صحاح والذى روى من رد على رض فلمذهب تفرد به وهو تحليف الراوى الا ابا بكر الصديق رض ولم يرد هذا الرجل ليحلفه لكنه لم يصح عنه ذلك ومن انكر ثبوتها عنه الحافظ المنذرى **قوله** ولنا ان المهر وجب حقا للشرع اى وجوبه ابتداء حق الشرع لما قدمناه آنفا انما يصير حقها فى حالة البقاء اى بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع يثبت لها شرعا حق اخذه فتتمكن رح من الابراء المصادف حقها دون نفيه ابتداء عن ان يجب **قوله** ثم هذه المتعة هى متعة المطلقة قبل الدخول التى لم يفرض لها مهر فى العقد واجبة عندنا وعند الشافعى واحمد رح وخصها احمد عن غيرها من النساء فان المتعة لغيرها مستحبة الا من سنذكر وقوله رجوعا الى الامر هو قوله تعالى ومتعوهن عقيب قوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة اى ولم تفرضوا لهن فريضة فانصرف الى المطلقات قبل الفرض والمسيس بخلاف المدخول بها فان

وفيه خلاف مالك رح والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رض
وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رح في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص
وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم وتعرف ذلك في الاصل

وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رح الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رح لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف **قال** فان زادها في المهر بعد العقد

مستحبة لها فرض لها او لا **قوله** وفيه خلاف مالك فمذهبه استحباب المتعة في هذه الصورة وغيرها من الصور الا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض الا ان تجئ الفرقة من جهتها في جميع الصور ووجه قوله تعليقه بالمحسن اعني الامر المذكور لقوله سبحانه حقا على المحسنين وهم المتطوعون فيكون ذلك قرينة صرف الامر المذكور الى الندب والجواب منع قصر المحسنين على المتطوع بل هو اعم منه ومن القائم بالواجبات ايضا فلا ينافي الوجوب فلا يكون صارفا الامر عن الوجوب مع ما انضم اليه من لفظ حقا وعلى **قوله** والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة قدر بها لانها اللبس الاوسط لانها تصلي وتخرج غالبا فيها وفي المبسوط كسوة المتعة درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة رض وابن عباس رض ومن بعدهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وحيث قدر به بعد فهم اللغة يعرف منه ان لفظة المتعة لا يقال في اعطاء الدراهم بل فيما سواها من الاثاث والامتعة وهو المتبادر الى الفهم ايضا فلا يقدر بالدراهم وان لم يمتنع ان يقع على الدراهم ايضا لان الشان في المتبادر من الالفاظ وعن الشافعي رح تقديرها بثلاثين درهما او باجتهاد الحاكم وانما يجتهد ليعرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين او حالهما ان الاثواب معتبرة بحالها على ما هو الاشبه بالفقه لان في اعتبار حاله تسوية بين الشريفة والخسيسة وهو منكر بين الناس وقيل يعتبر حالها وهو الذي يشير اليه قول القدوري من كسوة مثلها وهو قول الكرخي لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل فانها انما تجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا في خلفه وهكذا في النفقة والكسوة فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم واطلاق الذخيرة كونها وسطا لا غاية الجودة ولا غاية الرداءة لا يوافق رايا من الثلاثة الا اعتبار حاله او حالها او حالهما وقيل يعتبر حاله وهو اختيار المص وصححه عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقد يقال ان هذا يناقض قولهم ان المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل لانها خلفه فان كانا سواء فالواجب المتعة لانها الفريضة بالكتاب العزيز وان كان نصف مهر المثل اقل من المتعة فالواجب الاقل الا ان ينقص عن خمسة فيكمل لها الخمسة وهذا كله نص الاصل والمبسوط وهو صريح في اعتبار حالها وهذا لان مهر المثل هو العوض الاصلي لكنه تعذر تنصيفه بجهالته فيصار الى المتعة خلفا عنه فلا يجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لان اقل المهر عشرة ومنع الشافعي اعتبار المتعة بمهر المثل لانه يسقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك اجيب بان النكاح الذي فيه التسمية في المال اقوى من نكاح لا تسمية فيه وفي الاقوى لا يجب بالطلاق قبل الدخول اكثر من نصف ما كان واجبا قبله فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل فلا يزاد بالطلاق قبل الدخول على نصفه ثم لا تجب المتعة الا اذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والايلاء واللعان والجب والعنة وردته وآبائه وتقبيله امها او ابنتها بشهوة وان جاءت من جهتها فلا تجب كردتها وآبائها وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وكما لا تجب المتعة بسبب مجيء الفرقة من قبلها لا تستحب لها ايضا لجنايتها ومقتضى هذا ان لا تستحب في خيارها فينبغي ان يقال بجنايتها او رضاها به واستحباب المتعة لايجابها بالطلاق وكذا لو فسخه بخيار البلوغ او اشترى هو او وكيله منكوحته او باعها المولى من رجل ثم اشتراها منه الزوج تجب المتعة وكل موضع لا تجب فيه المتعة عند عدم التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجوده وفي كل موضع تجب فيه يجب والواجب بالعقد هو المسمى ومهر المثل ان لم يسم ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط نصفه وقيل كله ثم يجب النصف بطريق المتعة **قوله** وعلى قول ابي يوسف الاول اشارة الى ان قوله الآخر كقولهما **قوله** فيتنصف بالنص يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم فانه يتناول ما فرض في العقد او بعده بتراضيهما او بفرض القاضي فان لها ان ترفعه الى القاضي ليفرض لها اذا لم يكن فرض لها في العقد **قوله** ان هذا تعيين لمهر المثل وذلك لان هذا العقد حين انعقد موجبا لمهر المثل لان ذلك حكم العقد الذي لم يسم فيه مهرا وثبوت الملزوم لا يتخلف عنه

لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله وسنذكره فى زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابى يوسف رحمه الله اولا تتنصف مع الاصل لان التنصيف عندهما يختص

بثبوت اللازم فاذا كان الثابت بدل لزوم مهر المثل يتنصف اجماعا فلا يتنصف ما فرض بعد العقد والفرض المنصف فى النص اعنى قوله تعالى فنصف ما فرضتم يجب حمله على المفروض فى العقد بالضرورة لانا لما بينا ان المفروض بعد عقد لا التسمية فيه هو نفس خصوص مهر مثل تلك المرأة وان الاجماع على عدم انتصافه لزم بالضرورة ان المتنصف بالنص ما فرض بالعقد على ان المتعارف هو الفرض فى العقد حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق انه اوجبه فى العقد فيقيد كذلك نصف ما فرضتم ضرورة ان المخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع فى العقد وهذا من المقيد للعرف العملى بعد ما منع منه فى الفصل السابق حيث قال ان هو عرف عملى ولا يصلح مقيد اللفظ وقد منا ان الحق التقييد به وفى الغاية والدراية لا يتناول غيره اى غير المفروض فى العقد اذ المطلق لا عموم له وليس بشئ لان المطلق المتعرض لمجرد الذات يتناول المفروض على اى صفة كانت سواء كان فى العقد او بعده بتراضيهما او بفرض القاضى عليه لو رافعته يفرض لها فالجواب ما ذكرنا من ان المفروض بعد العقد نفس مهر المثل وان الفرض لتعيين كميته ليمكن دفعه وهو لا يتنصف اجماعا فتعين كون المراد به فى النص المتعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بينا ولان غيره غير متبادر لندرة وجوده فرع لو عقد بعد التسمية ثم فرض لها دارا بعد العقد ولا شفعة فيها للشفيع لما قلنا ان المفروض بعده تقدير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها ان ترد الدار ثم ترجع على الزوج بالمتعة بخلاف ما لو كان مسمى فى العقد ثم باعها به الدار فان فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر وان طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق قوله لزمته الزيادة خلافا لزفر والشافعى رحمه الله لانها لو صحت بعد العقد لزم كون الشئ بدل ملكه قلنا اللزوم منتف على تقدير الالتحاق باصل العقد وينتقض بالعوض عن الهبة بعد عقدها والدليل على الصحة قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فانه يتناول ما تراضيا على الحاقه واسقاطه ومن فروع الزيادة ما لو راجع المطلقة الرجعية على الف فان قبلت لزمت والا فلا لان هذه زيادة وقبولها شرط فى اللزوم ويناسب هذه مسئلة التواضع لما فيها من تعدد التسمية لو تواضعا فى السر على مهر وعقدا فى العلانية باكثر منه ان اتفقا على ان العلانية هزل فالمهر مهر السر وان اختلفا فادعى الزوج المواضعة وانكرت فالقول لها هذا ان اتحد الجنس فان اختلفا فانه ينعقد بمهر المثل ولو عقدا فى السر بالف واظهرا الفين فكذلك ان اتفقا على المواضعة فالمهر ما فى السر وان اختلفا فالقول للمرأة فى دعوى الجد فيلزمه مهر العلانية الا ان يكون اشهد عليها او على وليها الذى زوجها انه مهر وأقام البينة بذلك فيثبت ما ادعاه ولو عقدا فى السر بالف ثم عقدا فى العلانية بالفين واشهدا ان العلانية سمعة فالسر وان لم يشهدا قال الصدر الشهيد عند ابى حنيفة رحمه الله المهر مهر السر وعند محمد مهر العلانية وذكر القاضى الامام ابا يوسف مكان محمد وجعل محمدا مع ابى حنيفة قال لو تزوج امرأة بالف ثم جدد بالفى درهم اختلفوا فيه ذكر خواهر زاده ان على قول ابى حنيفة ومحمد لا تلزمه الالف الثانية وعلى قول ابى يوسف يلزمه الالف الثانية وذكر فى المحيط قول ابى يوسف مع ابى حنيفة وفى شرح الطحاوى تزوجها على الف ثم الفين لا يثبت الثانى خلافا لابى يوسف وعلل عدم الثبوت بانهما قصدا اثبات الزيادة فى ضمن العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة فاتفقت هذه النقول على ان قول ابى حنيفة عدم الثانى وعلى عكس هذا حكى الخلاف فى الكافى الشيخ حافظ الدين قال تزوجها على مهر فى السر بشهادة شاهدين على الف ثم تزوجها فى العلانية بالفين فمهرها الفا درهم ويكون هذا زيادة فى المهر عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف المهر هو الاول وهذا هو ظاهر المنصوص فى الاصل وعليه مشى شمس الائمة ان عند ابى حنيفة رحمه الله المهر مهر العلانية قال فى المبسوط اذا تعاقدا فى السر بالف واشهدا انهما يجددان العقد بالفين سمعة فالمهر هو الاول لان العقد الثانى بعد الاول لغو وبالاشهاد علمنا

بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت
عنه من مهرها صح الحط لان المهر حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته
وليس هناك مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي رح لها نصف المهر

انهما قصدا الهزل بما سمياه فيه وان لم يشهدا على ذلك فالذي اشار اليه في الكتاب المهر مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر قالوا هذا
عند ابي حنيفة فاما عند ابي يوسف ومحمد رح والمهر هو الاول لان العقد الثاني لغو فما ذكر فيه شيئا من الزيادة يلغو وعن عند ابي حنيفة رح ان
العقد الثاني ان كان لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا ابني لما لغى صريح كلامه عندهما لم يعتق
العبد وعنده وان لغى صريح كلامه في حكم النسب يبقى معتبرا في حق العتق انتهى كلام شمس الائمة وبآخره يخرج الجواب عن المذكور في شرح الطحاوي
من تعليل عدم اعتبار الثاني قوله اشار في الكتاب الى ان المهر مهر العلانية هو والله اعلم اطلاق اعتبار العلانية في الاصل فان عبارته فيه
اذا تزوجها على مهر في السر وسمع في العلانية باكثر منه يوخذ العلانية فالتسمية في العلانية يشمل ما اذا اشهدا على ان العلانية هزل غير مقصود
واذا لم يشهدا على ذلك وما اذا كان التسمية ليس في ضمن عقد بل مجرد واظهار على ما هو محل صور المواضعة ونبهنا عليه او في ضمنه فما اخرجه الدليل
تخرج ويبقى الباقي ولا اختلاف في اعتبار الاول اذا اشهدا على هزلية الثاني واعترفا به مطلقا فيبقى ما لم يشهدا فيه ولم يعترفا به مما هو في ضمن عقد ثان
مرادا اتفاقا والظاهر ان هذا الخلاف فيه بينهم ولهذا والله سبحانه اعلم ذكر عصام ان عليه الفين ولم يذكر خلافا وان ذكر في المحيط عنه انه ذكر في كتاب الاقرار انه لا تثبت
الزيادة فاما حكى المشائخ الخلاف يجب كون المذكور قول ابي حنيفة رح لان وضع الاصل لافادة قوله وكان القاضي الامام قاضي خان انما
افتى بانه لا يجب بالعقد الثاني شيء الا اذا عنى به الزيادة في المهر لما علم انه علة اعتبار العلانية فيما اذا جدد ولم يشهدا كونه زيادة لكن الاوجه الاطلاق فان
ذلك يقتضي ان يسال الزوجان عن مرادهما قبل الحكم وقد ينكر الزوج القصد وينفتح باب الخصومة من غير حاجة الى ذلك لانه اذا كان الثابت شرعا
جواز الزيادة في المهر والكلام الثاني يعطيه صادرا من مميز عاقل وجب الحكم بمقتضاه بل يجب انه لو ادعى الهزل به لا يقبل ما لم تقم بينة على اتفاقهما
على ذلك نعم ويخال ايضا انه يجب الفان مع الالف السر فيجتمع عليه ثلاثة آلاف لان الاول قد ثبت وجوبه ثبوتا لا مرد له والمفروض كون الثاني
زيادة فيجب بكماله مع الاول ومن ثم ذكر في الدراية عن شرح الاسبيجابي جدد على الف ثبتت التسميتان عند ابي حنيفة وعندهما لا يثبت الثانية وكذا
لو راجع المطلقة بالف وفي النوازل عن الفقيه ابي الليث رح اذا جدد فانه يجب كلا المهرين ووجه من نقل لزوم الثاني فقط اعتبار ارادة الاول
في ضمن الكلام الثاني لان الظاهر كون المقصود تغيير الاول الى الثاني والذي يظهر من الجمع بين كلام القاضي والاطلاق المتنافر عليه كون المراد بكلام
الجمهور لزومه اذا لم يشهدا من حيث الحكم ومراد القاضي لزومه عند الله في نفس الامر ولا شك انما يلزم عند الله تعالى اذا قصد الزيادة فاما اذا لم يقصدا
حتى كانا هازلين في نفس الامر فلا يلزم عند الله شيء حتى لا يطالب به في القيمة ويلزم ذلك في حكم القاضي لانه يواخذه بظاهر لفظه الا ان
يشهدا على خلافه وما قيل انه لا يجب المهر الثاني الا اذا كانت قالت لا ارضى بالمهر الاول او ابرأته ثم قالت لا اقيم معك بدون مهر فاما اذا لم يكن هذا
السابق فلا يجب الثاني قريب من قول القاضي وحاصله اعتبار قرينة ارادة الزيادة واختلافهم فيما اذا كان التجديد بعد هبتها المهر الاول انه هل
وجوب الثاني على الخلاف او ان الاتفاق على عدم وجوبه غير بعيد اذ قد يخال كون الزيادة يستدعي قيام المزيد عليه وبالهبة انتفى قيامه
فلا يتحقق كون الثاني زيادة وهو المحقق لوجوبه وقد يقال انما يستدعي دخوله في الوجود لا بقاءه الى وقت الزيادة فيصلح منشأ
للخلاف في ثبوته على الخلاف او عدم ثبوته بالاتفاق وفي الفتاوى امرأة وهبت مهرها من زوجها ثم اشهد ان لها عليه كذا من مهرها تكلموا فيه
والمختار عند الفقيه ابي الليث ان اقراره جائز اذا قبلت ووجهه في التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما امكن وقد امكن بان يجعل كانه زاد لها

لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتاكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتاكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور

في المهر وانما شرطنا القبول لان الزيادة في المهر لا تصح الا بقبول المراة انتهى والخلاف المشار اليه بقوله والمختار فرع الخلاف الذي قبله لانه في صورة هبتها المهر والقيد وهو قبول المراة صحيح لا يخالف المنقول عن ابي حنيفة وذلك لان المنقول هو ما اذا جددا عقدا ثانيا باكثر مما بينه اجتماعهما على الاجر الثاني وذلك يفيد قولها الثاني بلا شبهة بخلاف هذه الصورة فان المذكور فيها ان الزوج اقر او شهد ونحوه ولا يستلزم ذلك قوله لان المعقود عليه وهو منافع بضعها انما يصير مستوفى بالوطي ولا يجب كمال البدل قبل الاستيفاء ولا يجب كمال المهر قبل قوله ولنا انها سلمت المبدل الخ يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم قوله اعتبارا بالبيع والاجارة يعني ان الموجب للبدل تسليم المبدل لا حقيقة استيفاء المنفعة كالبيع والاجارة الموجب فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم اليه وان لم يستوف المشتري والمستاجر منفعة اصلا فكذا في المتنازع فيه يكون تسليم البضع بذلك بل اولى واما قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فالمجاز فيها متحتم لانه انما حمل المس على الوطي كما يقول فهو من اطلاق اسم السبب على المسبب والاوجه انه من اطلاق اسم المطلق على اخص بخصوصه وان حمل على الخلوة كما نقول فمن المسبب على السبب اذ المس مسبب عن الخلوة عادة وكل منهما ممكن وترجح الثاني بموافقة القياس المذكور والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امراة او نظر اليها وجب الصداق دخل بها او لم يدخل رواه الدارقطني والشيخ ابو بكر الرازي في احكامه وقد يقال يجب ان لا يعتبر هنا خلاف الاول مجاز الا مجاز يعم الحقيقة والخلوة لا تصدق على الجماع فلا يكون المس مجازا فيهما والالزم انه لو طلقها وقد وطئها بحضرة الناس وجب نصف المهر لانه طلقها قبل الخلوة والفرض انها المراد بالمس في النص وهو باطل فلا يحمل على الخلوة ويجاب بان ثبوت الكمال في الصورة بالاجماع للاجماع على انه تسليم المبدل مع ادعائه الاجماع على وجوب كماله بالخلوة كما نقله الشيخ ابو بكر الرازي في احكامه حيث قال هو اتفاق الصدر الاول وحكى الطحاوي فيه اجماع الصحابة وقال ابن المنذر هو قول عمر رض وعلي وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم اجمعين ويوافقه قوله تعالى وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض اوجب جميع المهر بالافضاء وهو الخلوة لانه من الدخول في الفضاء قاله الفراء فيكون وجوب نصفه بالطلاق قبل الخلوة الذي هو معنى النص مخصوصا اخرج منه الصورة التي اوردناها والدليل على وجوب المخصص الاجماع المذكور ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنا بامراة ثم تزوجها وهو على بطنها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط الحد بالتزويج قبل تمام الزنا والمهر المسمى بالنكاح لان هذا يزيد على الخلوة قوله وان كان احدهما مريضا شرع في بيان موانع صحة الخلوة وعبارة شرح الطحاوي فيه جامعة قال الخلوة الصحيحة ان يخلو بها في مكان يامنان اطلاع الناس عليهما كدار وبيت دون الصحراء والطريق الاعظم والسطح الذي ليس على جوانبه ستر وكذا اذا كان الستر رقيقا او قصيرا بحيث لو قام انسان يطلع عليهما وان لا يكون مانع من الوطي حسا ولا طبعا ولا شرعا انتهى ومن فصل الموانع ذكر منها الرتق والقرن والعفل وان تكون صغيرة او صغيرة لا يطيق الجماع او هو صغير لا يقدر عليه قال بعضهم يشتهي وتتحرك آلته ينبغي ان يجب كمال المهر واذا كان معهما ثالث استوى منعه لصحة الخلوة بين ان يكون بصيرا او اعمى يقظان او نائما بالغا او صبيا يعقل لان الاعمى يحس والنائم يستيقظ ويتناوم فان كان صغيرا لا يعقل او مجنونا او مغمى عليه لا يمنع وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان وزوجته الاخرى مانعة اليه رجع محمد ره والجواري لا تمنع وفي جوامع الفقه جاريته تمنع بخلاف جاريته وفي شرح المجمع في امته روايتان والكلب العقور يمنع وغير العقور ان كان لها يمنع او له لا يمنع وعندي ان كلبه لا يمنع وان كان عقورا الا ان الكلب قط لا يعتدي

وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والإحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وإن كان أحدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لأنه يباح له الإفطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لأنه لا كفارة فيه والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله وإذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض بخلاف العنين لأن الحكم أدير على سلامة الآلة ولأبي حنيفة رحمه الله أن المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد أتت به قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في إبطال حق الغير بخلاف المهر لأنه مال لا يحتاط في إيجابه وذكر القدوري في شرحه أن المانع إن كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة قال وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا

على عبيده ولا على من يمنعه بينة وعنه لو سافر بها فعدل عن الجادة بها إلى مكان خال فهي صحيحة ولا تصح الخلوة في المسجد والحمام وقال شداد إذا كانت ظلمة شديدة صحت لأنها كالساتر على قياس قوله تصح على سطح لا ساتر له إذا كانت ظلمة شديدة والأوجه أن لا تصح لأن المانع الإحساس لا يختص بالبصر ألا ترى إلى الامتناع لوجود الأعمى ولا إبصار للإحساس ولا تصح في بستان ليس له باب وتصح في محل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وإن كان نهارا والجبانة والقبة كذلك ولو كانا في مخزن من خان يسكنه الناس فرد الباب ولم يغلق والناس قعود في وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت وإن كانوا مترصدين لا تصح وهذه الموانع من قبيل الحسي ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح عند أبي الليث وتصح عند الفقيه أبي بكر ولهذا لو كانت نائمة ولو عرفها هو ولم تعرفه هي تصح فرع عن الأول لو قال إن خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت ويجب نصف المهر الثاني للزوج أن يدخل بزوجته إذا كانت تطيق الجماع ومرجع التقدير وقد قدر بالبلوغ وبالتسع واعلم أن أصحابنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في حق بعض الأحكام تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى في مدة العدة ومراعاة وقت طلاقها ولم يقيموها مقامه في الإحصان وحلها للأول والرجعة والميراث وحرمة البنات يعني إذا خلا بالمطلقة الرجعية لا يصير مراجعا وإذا خلا بامرأته ثم طلقها لا تحرم بناتها ولا يرث منها لو ماتت في العدة والاحتياط الواجب في هذه الأحكام وفي شرح الشافي ذكر تحريم البنت على عكس هذا ففيه خلاف وأما في حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان والأشبه وقوعه لأن الأحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب أن تقع احتياطا قوله وهذا التفصيل في صومها قال الصدر الشهيد هو الصحيح قوله وهذا القول أي في رواية المنتقى في حق كمال المهر هو الصحيح [illegible] في حق جواز الإفطار فالصحيح غيرها وهو أنه لا يباح إلا بعذر وقد قدمنا في كتاب الصوم بحثا أن رواية المنتقى في جواز الإفطار بلا عذر لكن وجوب القضاء واقعه بالدليل من ظاهر الرواية وقول المصنف هو الصحيح احتراز عن رواية شاذة عن أبي حنيفة أنه يمنع لأنه يمنع الجماع ويجعله إحالة ما فيه من إبطال العمل قوله أدير على سلامة الآلة يعني أن خلوة الخصي صحيحة وهو كذلك بالاتفاق قوله والعدة واجبة في جميع المسائل أي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل نظرا إلى التمكن الحقيقي وكذا في المجبوب لقيام احتمال الشغل بالسحق ولذا يثبت نسب الولد منه عند أبي سليمان وذكر التمرتاشي إن علم أنه ينزل يثبت وإن علم بخلافه فلا عليها العدة والأول أحسن وعلم القاضي بأنه ينزل أو لا ربما يتعذر أو يتعسر قال العتابي تكلم مشايخنا في العدة الواجبة بالخلوة والصحيح أنها واجبة ظاهرا وحقيقة فقيل لو تزوجت وهي متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء وقوله والعدة حق الشرع ولذا لا تسقط لو أسقطاها ولا تحل لها أن تخرج ولو أذن لها الزوج وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد والولد أي وحق الولد ولذا قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره فلا يصدقان في إبطالها باتفاقهما على عدم الوطء بخلاف المهر لأنه مال فلا يحتاط في إيجابه غير أن في وجه الاستدلال بالحديث على أنها حق الولد تأملا قوله وذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي أن المانع إن كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين بعدم الشغل وما قاله قال التمرتاشي وقاضيخان ويؤيده ما ذكر العتابي إلا أن الأوجه على هذا أن يخص الصغير بغير القادر والمرض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة في غيرهما واعلم

أن المراد بوجوب العدة بالخلوة إنما هو في النكاح الصحيح أما النكاح الفاسد فلا تجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة

وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا في كل من [illegible] الاستثناء إشكال أما الأول فإن المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهر واجبة

(قال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا تزوج الرجل بنته على ان يزوجه المتزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها وقال الشافعي رحمه الله بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق

في عموم المتعة واجبة لها واما الثاني فالمطلقة قبل الدخول المفروض لها ما ذكر في المبسوط والمحيط والمختلف والحصر ان المتعة تستحب لها وجه حسن الاول ان الاستحباب مشمول في اعم من الوجوب يعني انه بالمعنى اللغوي او هو عام مخصوص بالعموم السابقة وقرينة التخصيص هو تقدم ذكرها وكانه قال وتستحب لكل مطلقة غير تلك وعن الثاني انه قول القدوري تبعه فيه وفي بعض مشكلات القدوري المتعة اربعة اقسام واجبة وهي ما تقدم ومستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وسنة وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمى لها والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها لان نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المتعة وقيل الصحيح ان هذا تغيير وقع من الكاتب فذكر بعضهم ان في بعض النسخ ولم يسم لها مهرا ونقل في الدراية ضبطه كذلك عن غير واحد **قوله** وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه وعن احمد رواية كقوله ورواية كقولنا وتقدم تفصيل مالك وجه قول الشافعي انها في المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقا بالنص واما في المدخول بها فلان وجوب المتعة الواجبة في صورة عدم التسمية للايحاش بالطلاق وما سلم لها من المهر ليس في مقابلته بل في مقابلة البضع فيجب فيها للايحاش واما التي لم يدخل بها وقد سمى لها فوجوب نصف المهر لها الثابت بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم بطريق المتعة اي بطريق ايجاب المتعة في غيرها وهو جبر صدع الايحاش لا المهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة اخرى والا تكررت وقوله فسخ مجاز لانه وقع طلاقا حتى انتقص به عدد الطلاق لكنه كالفسخ من جهة انه كالحالة السابقة على النكاح بسبب عود المعقود عليه سالما اليها فلا يلزم كون ما ذكره على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لانه فسخ ثم يجب بطريق المتعة مخالفا لقول المحققين انه يبقى نصف المهر ويسقط نصفه بالنص وله ايضا قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين خص منها تلك المطلقة بنص فنصف ما فرضتم جعله تمام حكمها ويحمل قوله تعالى اذا نكحتم المؤمنات الى قوله فمتعوهن على غير المفروض لها لعقلية ان نصف مهرها بطريق المتعة **قوله** ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة بكسر الواو ووقع به السماع لانها مفوضة نفسها او وليها والزوج ويجوز فتحها اي فوضها وليها للزوج وهي التي زوجت بلا مهر مسمى وحاصله منع كون علة الوجوب في الاصل وهي المفوضة الايحاش وابطل مناسبته للعلية آخرا بقوله وهو غير جان في الايحاش لانه باذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجبا لها من نصف مهر المثل لانه اقرب الى فهم من علم انه تعالى اسقط ما كان واجبا لها ثم اوجب لها شيئا آخر مكانه وعلم ان لا جناية في الطلاق بل قد يكون مستحبا في التي لا تصلي والفاجرة ولا سقوط في المدخول بها مطلقا فلا تجب لها لانتفاء العلة المساوية ولا نسلم ان ما سلم للمدخول بها في مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها الملصق به المال في قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين ولهذا كان لها المطالبة به قبل الدخول غير ان بالدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين اما ان اللام للعهد الذكري في المطلقات التي لم يسم لهن لانهن تقدم ذكرهن بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ثم قال ومتعوهن او يراد بمتعوهن ايجاب نفقة العدة وكسوتها واما غير المدخول بها المسمى لها فيحمل على الاتفاق وانما اثبتنا الاستحباب في المدخولات لقوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا وهن مدخولات **قوله** واذا زوج الرجل ابنته على ان يزوجه الزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر اي صداقا فيه وانما قيد به لانه لو لم يقل على ان يكون بضع كل صداقا للاخرى او معناه بل قال زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ولو زاد قوله على ان يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا كان نكاح الثاني صحيحا اتفاقا والاول على الخلاف ثم حكم هذا العقد عندنا صحته وفساد التسمية فيجب مهر المثل وقال الشافعي رحمه الله بطل العقد بالمنقول

وان تزوج حر امرأة على خدمته اياها سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته وان تزوج عبد امرأة باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصلح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح تسميته عنده لانه بذلك تتحقق المعاوضة وصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاه او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وامره

والمعقول اما الاول فحديث عمر رضي الله عنه اخرجه الستة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار وهو ان يزوج الرجل ابنته او اخته من الرجل على ان يزوجه ابنته او اخته وليس بينهما صداق والنهي يقتضي فساد المنهي عنه والفاسد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقا وعنه صلى الله عليه وسلم قال لا شغار في الاسلام والنفي رفع لوجوده في الشرع وعرف منه التعدي الى كل ولي يزوج مولّيته على ان يزوجه الآخر موليته كسيد الامة يزوج امته على ان يزوجه الآخر موليته كذلك واما الثاني فان كل بضع صداق ومنكوح فيكون مشتركا بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل والاطناب في تقريره مستغنى عنه والجواب عن الاول ان متعلق النهي والنفي مسمى الشغار والمأخوذ في مفهومه خلوه عن الصداق وكون البضع صداقا ونحن قائلون بنفي هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا فلا يثبت النكاح كذلك بل نبطله فيبقى نكاحا سمي فيه ما لا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمر او خنزير فما هو متعلق النهي لم نثبته وما اثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته اعني ما يفيد الانعقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية ما لا يصلح مهرا فظهر انا قائلون بموجب المنقول حيث نفيناه وعن الثاني بتسليم بطلان الشركة في هذا الباب ونحن لم نثبته حكما بدون الاستحقاق وقد ابطلنا كونه صداقا فبطل استحقاق مستحق المهر بضعها فبقي كله منكوحا في عقد شرط فيه شرط فاسد ولا يبطل به النكاح بخلاف ما لو زوجت نفسها من رجلين فان بطلان الاشتراك فيه لم يستلزم بطلان النكاح وانما استلزمه عدم موجب التعيين لعدم الاولوية **قوله** وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة فلها مهر مثلها وقال محمد رحمه الله في الجامع لها قيمة خدمته سنة ولم يذكر القدوري خلافا واختلف في قول ابي يوسف فقال الهندواني ينبغي ان يكون مع محمد وقال بعض المشايخ مع ابي حنيفة وهو الاظهر والاكثر يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير **قوله** وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين اي وجهي حرية الزوج وعبديته **قوله** وكذا المنافع على اصلنا فقصر النظر على هذه النكتة يوجب ان لا يصح تسمية شيء من المنافع وملاحظة قوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهي مال يقتضي جواز جميع منافع الاعيان ما خلا خدمة الحر ويوافقه عموم مفهوم قوله ولا كذلك الحر وهذا موافق لما في جامع قاضي خان وشرح الشافي لنجم الدين عمر النسفي وما قال في البدائع لو تزوجها على سائر منافع الاعيان سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة ارضه يعني ان تزرع هي ارضه ونحوها من منافع الاعيان مدة معلومة صحت التسمية لان هذه المنافع اموال او الحقت بالاموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة والحاجة في النكاح متحققة وامكان الدفع ثابت بتسليم محالها اذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها ليفيد جواز تسمية خدمة الحر وهو الصحيح وفي الغاية معزوا الى المحيط لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته وهذا يشير الى انه لا يخدمها لانه اجنبي فلا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة واما ان يكون مراده اذا كان بغير امر ذلك الحر ولم يجزه وانت اذا تأملت تعليل محمد رحمه الله وجوب قيمة الخدمة بان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم للمناقضة وتعليلهما بنفي ماليته بعدم استحقاقه في هذا العقد بحال المفيد انه لو استحق تسليمه الحق بالاموال لكن انتفى ذلك للزوم المناقضة لا تكاد تتوقف في صحة تسمية خدمة حر آخر ثم بعد هذا يجب ان ينظر فان لم يكن بامره ولم يجزه وجب قيمتها وان كان بامره فان كانت خدمة معينة تستدعي مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب ان تمنع وتعطى هي قيمتها وان لا تستدعي ذلك وجب تسليمها وان كانت غير معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر حتى يصير احق بها لانه اجير واحد فان صرفته في الاول فكالاول او في الثاني فكالثاني وقد ازال الشبهة الريب آخر قوله بخلاف خدمة حر آخر فانه لا مناقضة والحاصل ان ما هو مال او منفعة يمكن تسليمها شرعا يجوز التزوج عليها وما لا يجوز كخدمة الزوج الحر للمناقضة وحر آخر في خدمة تستدعي خلوة للفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الاجرة على ذلك كالاذان والامامة والحج وعند الشافعي رحمه الله يجوز

بخلاف رعي الغنم لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لها مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومها بالعقد للضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لا يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بالالف لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر في الذمة لعدم التعين فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رحمه الله لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة رحمه الله ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه

اخذ الاجرة على هذه فصح تسميتها واختلفت الرواية في رعي غنمها وزراعة ارضها للتردد في تمحضها خدمة وعدمه وكون الاوجه الصحة لقص الله سبحانه قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه في شرعنا انما يلزم لو كان الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف **قوله بخلاف رعي الاغنام** اي فانه لم يتمحض خدمة لها اذ العادة اشتراك الزوجين في القيام على مصالحهما بالعادة اي يقوم كل بمصالح مال الآخر على انه صحيح في رواية في الدراية بخلاف رعي الغنم والزراعة حيث لا يجوز على رواية الاصل والجامع وهو الاصح يعني على ان يزرع لها ارضها ويجوز على رواية ابن سماعة لانه ليس من باب الخدمة لما ذكرنا الا ترى ان الابن اذا استاجر اباه للخدمة لا تجوز ولو استاجره للرعي والزراعة تصح انتهى **فروع** واذا اعتق امته وجعل عتقها صداقها بان يقول اعتقتك على ان تتزوجيني نفسك بعوض العتق فقبلت صح العتق وهي بالخيار في تزوجه فان تزوجته فلها مهر مثلها خلافا لابي يوسف له الحديث الصحيح انه صلى الله عليه وسلم تزوج صفية وجعل عتقها صداقها قلنا نعم كتاب الله تعالى بين ان المال فانه بعد عد المحرمات احل ما وراءهن مقيدا بالابتغاء بالمال قال الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين الآية وقول الراوي ذلك كناية عن عدم المهر يعني اعتقها وتزوجها ولم يكن شيء غير العتق والتزوج بلا مهر جائز للنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره وغاية ما فيه ان ما ذكرناه محتمل لفظ الراوي فيجب حمله عليه دفعا للمعارضة بينه وبين الكتاب وان ابت ان تتزوجه لزمها ان تسعى في قيمتها ولو كانت الجارية ام ولد فاعتقها على ذلك فابت قال ابو حنيفة رحمه الله لا تجب عليها قيمتها لان رقها غير متقوم عنده ولو قالت لعبدها اعتقتك على ان تتزوجني بالف او على ان تعطيني الفا فقبل عتق فان ابى ان تتزوجها فعليه قيمة نفسه وان تزوجها بالف قسم الالف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها فما اصاب الرقبة قيمته وما اصاب المهر مهر يتنصف بالطلاق قبل الدخول **قوله فان تزوجها على الف** وحاصل وجوهها اذا تزوجها على مسمى فاما من الدراهم او الدنانير او المكيل والموزون غير المعين بخلاف المعين منهما فانه كالعرض واما من العروض والحيوان معينا او في الذمة ففي الاول ان وهبت الكل او النصف بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه اتفاقا او قبله لم يرجع بشيء خلافا لزفر او بعد قبض نصفه لم يرجع بشيء خلافا لهما وقالا يرجع بنصف المقبوض كائنا ما كان من النسبة حتى لو كانت وهبته اقل من النصف وقبضت الباقي رجع عليها بنصف المقبوض وعنده يرجع الى تمام نصف الصداق وفي الثاني لا يرجع بشيء مطلقا قبضت او لم تقبض واوجب زفر رحمه الله رجوعه بنصف قيمة العرض وجه الاتفاقية في الاول ان المقبوض ليس نفس المهر لانه وصف في الذمة بل محل يقع به المقاصة فظهر ان الواصل اليه غير ما يستحقه بالطلاق اعني نصف المهر الا ترى ان لها ان تمسك ما اخذته منه وتعطيه غيره اذا طلقها قبل الدخول بعد القبض وتقرير المصنف ناظر الى ان الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست الا معينة ويدل على انها ليست عين الواجب كونها لها ان تمسكها وتدفع غيرها عند الطلاق وجه قول زفر في ثاني شقي الاول ان الواصل اليه وان كان نفس الدين لكن وصل اليه بسبب غير الطلاق وهو الابراء او هو مسبب عن الابراء وغيره مسبب عن الطلاق لما عرف من ان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف المسببات شرعا اصله حديث بريرة فبواسطة لزوم الاختلاف شرعا لم يصل اليه عين ما يستحقه فصارت كالاولى وجه الاستحسان ان المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقق بالابراء فحين ثبت الطلاق لم يؤثر شيئا لعدم مصادفته شغل الذمة بالمهر وهو محل اثره لانه انما يؤثر في شغل الذمة بالاسقاط فلو اوجب شيئا آخر كما قال انه يرجع عليها بخمسمائة عين لكان ذلك غير موجبه فصار كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله ثم حل الاجل لا يجب شيء آخر واذا تاملت هذا التقرير سقط عندك ما تكلف في دفع لزوم اختلاف المسبب باختلاف السبب من تخصيص الدعوى بالاعيان لانها تقبل التغير بتغير صفاتها بخلاف الاوصاف كالدين فيما نحن فيه حيث لا يقبل ذلك

بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل

لاستحالة قيام الصفة بالصفة وهو دفع فاسد لان ثبوت التغير شرعا لا يتوقف على ذلك اذ انما هو اعتبار شرعي وقيام الصفة بالصفة بمعنى الاختصاص الناعت ليس محالا على ما عرف في التحقيقات الكلامية ثم يمكن جعل قوله في الكتاب انه وصل اليه عين ما يستحقه وهو مراده بقوله عين نصف المهر الخ عليه اي عين ما يستحقه ذاتا لا من هو حيث بسبب لا براء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود سالما فانه لم يوثر شيأ وجه قولهما في قبض النصف الحاق البعض بالكل وهو قول الشافعي في الاصح يعني لو قبضت الكل ثم وهبته لا يرجع بنصفه. لا يخفى ان الملازمة تحكم فان رجوعه في صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل لا البعض بل لانه لم يصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق وهذا المناط منتف في صورة قبض النصف بناء على ان الطلاق قبل الدخول اعادة نصف الصداق الى قديم ملك الزوج فيظهر ان الصداق الدين بذلك مشتركا بينهما يعني تعيين ذلك والا فحال الهبة كان كله ملكها ظاهرا فاذا قبضت النصف انصرف الى حقها المكيل او موزون بين اثنين وهو في يد احدهما فقبض صاحبه نصفه كان المقبوض حقه فاذا ابرأته بعد ما قبضت النصف من الباقي او الكل كان الواصل اليها عين ما يستحقه بالوجه المذكور في هبة الكل قبل قبضه فظهر ان الحاقها البعض بالكل بوصف طردي غير موثر وتقرير الوجه الثاني ظاهر من الكتاب وقوله والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح يريد ولهذا لو حطت حتى بقي اقل من عشرة صح ولا يستحق غيره وتسميته ما دون العشرة في اصل العقد لا تصح وقيد بالنكاح لانه يلتحق في البيع باصل العقد ووجه الفرق ان البيع عقد مماكسة ومبادلة مال بمال مرابحة فتقع الحاجة الى دفع الغبن فيه فاعتبر الحط لقصد دفعه فالتحق باصل العقد ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه وقوله الا يرى ان الزيادة فيه لا تلحق حتى لا تتنصف استيضاح بعدم الالتحاق وهو مشكل فان عدم التحاق الزيادة باصل العقد هو الدافع لقول المانعين انها لو صحت كان ملكه عوضا عن ملكه فاذا لم يلتحق بقي ابطالهم بلا جواب فالحق انها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشائخ وانما لا تتنصف لان الانتصاف خاص بالمفروض في نفس العقد حقيقة بالنص المقيد بالعادة المنصرف اليها على ما مر وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل لحقت به ولان وجه الحاقها بالبيع وهو انه قد يكون خاسرا او زائدا مضرا بالمشتري فيرد الى العدل يجري في النكاح وخسرانه انه ينقص عن مهر مثلها فيرد بالزيادة اليه فان تزوجها على نقصه عن مهر مثل اخواتها مثلا يعقب الندم لها وزيادته يعقبه له وجه قول زفر رحمه الله في العرض المعين وهو احد قولي الشافعي في الجديد واختاره اكثر اصحابه ان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره من ان السالم بالهبة غير ما يستحقه بالطلاق لاختلاف السبب فيترتب على الطلاق مقتضاه ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه كما لو تزوج على عبد الغير فابى سيده وجه الاستحسان ان الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك اليه فلم يتفاوت الطلاق ما كان شاغلا لذمتها لو ثبت وجوب تفريغها منه عليها على نحو ما سلكت في التقرير السابق وعلى كلام الكتاب هنا عليه اسهل مما تقدم **قوله بخلاف ما اذا كان المقبوض دينا** اي دراهم ونحوها فان الواصل اليه ليس عين ما يستحقه لعدم تعينها **وبخلاف ما اذا باعت** من زوجها العرض المذكور فانه وان وصل اليه عين ما يستحقه لكنه ببدل والسالم ببدل بمنزلة ذلك البدل نفسه الذي كان في ملكه فكأنه لم يصل اليه شيء ولو كان العرض او الحيوان في الذمة فكذلك الجواب اي لا يرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض اما اذا لم تقبض فتقريره تقريره دينا واما ان قبضته ثم وهبته فلان المقبوض فيه متعين الرد بالطلاق فليس لها ان تمسكه وتدفع غيره بخلاف المقبوض من الدراهم وانما وقعت هذه المفارقة لان الاصل ان لا يثبت العرض في الذمة للجهالة ولذا لا يثبت في المعاوضات المحضة كالشراء لكنها تحملت في النكاح لجري التساهل في العوض فيه لانه غير المقصود منه فاذا تعين بالتسليم يصير كان العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه اذا استحق كما لو كان معينا في الابتداء فيعطى حكمه وسيأتي خلاف زفر رحمه الله في هذه ايضا لما عرف من اصله وهو اشتراط وصوله اليه من الجهة المستحقة وما ذكر في الغاية قال زفر في الدراهم

ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد

والدنانير المعينة لا يرجع اليهما بناء على اصله في تعينها استبعدت صحته عنه لما علم من اشتراطه اتحاد الجهة الا ان تكون روايتان فيما يتعين واذ قد انجر الكلام الى شيء مما يتعلق باحكام العرض المعين فهذه فوائد يتعلق به كلها من المبسوط فنقول لا يثبت فيه خيار الرؤية فلو تزوجها على شيء بعينه لم تره فاتاها به ليس لها رده ويثبت فيه خيار العيب فلها رده اذا كان العيب فاحشا وهو ما ينقص عن القيمة قدرا لا يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف العيب اليسير اما خيار الرؤية فلعدم الفائدة في اثباته اذ الفائدة في اثباته التمكن من اعادة العوض الذي قوبل بالمسمى كالمرأة في النكاح وهذا يحصل بالبيع لانه ينفسخ بالرد بخلاف النكاح لا ينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولا ترد المرأة بل غاية ما يجب برد المسمى فيه قيمته والقيمة ايضا غير مرئية واما خيار العيب فلثبوت فائدته وهي الرجوع بقيمته صحيحا لان السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يبطل بالاتفاق فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له صحيحا ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم المعين كما التزم فيجب قيمته كالعبد المغصوب اذا ابق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لا تبطل التسمية بل تجب مثله ان كان مثليا والا فقيمته وكذا لو استحق هذا اذا كان العيب قائما وقت العقد فان تعيب في يد الزوج قبل التسليم يسيرا فليس لها غيره وعن زفر ردها الخيار او فاحشا فاما بفعل الزوج فلها الخيار ان تضمنه قيمته يوم تزوجها او تاخذه وتضمن الزوج النقصان لانه اتلف جزءا من الصداق ولو اتلفه ضمنه فاذا اتلف بعضه لزمه قدره وعن ابي حنيفة انها اذا اختارت اخذه لا تضمنه النقصان واما بآفة سماوية فلها هذا الخيار غير انها لا تضمنه النقصان اذا اختارت اخذه واما بفعل الصداق نفسه ففي ظاهر الرواية هو كالعيب السماوي لانه فعله بنفسه هدر وعن ابي حنيفة انه كتعييب الزوج واما بفعلها فتصير قابضة له كله واما بفعل اجنبي فيجب ضمانه النقصان ويكون ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغير بين ان تاخذه وتضمن الجاني نقصانه او تضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجاني وليس لها ان تاخذ العين وتضمن الزوج النقصان لانه لا صنع منه هذا كله اذا دخل بها او مات عنها فان طلقها قبل الدخول فهو في حق النصف كما في الكل لو طلقها بعد الدخول فلو تعيب في يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول ففي السماوي ان شاء ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضه لتعذر رده اياه كما قبضته وان شاء اخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان التعيب بفعل الصداق كالسماوي وكذا بفعلها لانه صادف ملكا لها صحيحا فلا يوجب ضمان نقصان عليها فاذا كان بفعل اجنبي فهو ضامن وهو كالزيادة المنفصلة المتولدة من العين لانه بدل جزء من العين فيمنع تنصيف الاصل بالطلاق واما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضته كذا ان تعيب بفعل الزوج لان الزوج بعد تسليمه كالاجنبي في ايجاب الارش وذلك يمنع تنصيف الصداق بالطلاق فلو كان انما تعيب في يدها بعدما طلقها قبل الدخول كان للزوج ان ياخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها او بفعله او بامر سماوي لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان بفعل اجنبي فالارش كالزيادة المنفصلة وقد ذكرنا حكمها ووقع في مختصر الحاكم ابي الفضل ان التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء قال شمس الائمة في المبسوط وهو غلط بل الصحيح في كل فصل ما ذكرنا فلو كان المهر جارية فلم تقبضها حتى وطئها الزوج فجاءت بولد فادعاه لم يثبت نسبه لان الاستيلاد في ملك المرأة غير صحيح الا ان الحد يسقط عنه للشبهة لان الصداق مضمون عليه بالعقد كالمبيع في يد البائع وعليه العقر وهذا العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدله فاذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجارية ام ولد للزوج لعدم

وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه

ثبوت نسب ولدها منه ولكن يعتق نصف الولد على الزوج لانه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه للجزئية ويسعى للمرأة في نصف قيمته ولا يصير الزوج ضامنا لانه ما صنع في الولد شيئا انما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يعتق عليه حكما لملكه وان ماتت الجارية عند المرأة او قتلت ثم طلقها قبل الدخول فلازوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضمنه شيئا واذ قد انجر الكلام في الزيادة في المهر فلنستوفيه وحاصله من المبسوط ان الزيادة قبل قبضه متصلة كالسمن والجمال وبياض العين ومنفصلة متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة وذلك كله يسلم لها اذا دخل بها او مات عنها لانه يملك بملك الاصل وملك الاصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة فاما اذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة او متصلة تتنصف بالطلاق مع الاصل لانه في حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة هناك كالموجود وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض واما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تتنصف بالطلاق قبل الدخول بل الكل لها في قول ابي حنيفة وقولهما تتنصف مع الاصل وكذا لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى بطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب عند ابي حنيفة رح وعندهما يرد الكسب مع الاصل وكذا المبيع قبل القبض يسلم الكسب للمشتري عنده وعندهما للبائع لهما ان الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون كالولد فكما لا تسلم لها اذا بطل ملكها عن الاصل فكذلك هذا وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل لانفساخ السبب فيه والزيادة انما تملك بملك الاصل متولدة كانت او لا فاذا انفسخ سبب الملك في الاصل لا يبقى سببا لملك الزيادة وحقيقة الوجه لابي حنيفة رح ان سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الاصل بل ملك الاصل يصير شرطا فسبب ملك الاصل مثلا قبول عقد النكاح وفي الزيادة الاكتساب للمكتسب وهو اما احتطاب العبد او اجارته نفسه او قبوله الهبة وهذه الاسباب لا تنفسخ بالطلاق غير ان المكتسب اذا لم يكن اهلا للملك خلفه فيه مولاه بذلك السبب لو صلة الملك بينهما وقت الاكتساب وببطلان ملكه في الاصل لا يتبين انه لم يخلفه في الملك بذلك السبب وليس الكسب كالزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الاصل يسري اليه ملك الاصل لان يكون مملوكا بسبب حادث الا يرى ان ولد المكاتبة يكون مكاتبا وكسبها لا يكون مكاتبا وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسبه ليس مبيعا ولا يقابله شيء من الثمن وان قبض مع الاصل ولو قبضت الاصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل ان يدخل بها تنصف الاصل والزيادة لان حكم التنصف عند الطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت في يدها ثم طلقها قبل الدخول فاما ان تكون غير متولدة او متولدة من العين وهي اما منفصلة او متصلة فان كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردت نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالما لها وان لزمها رد الاصل او بعضه كالمبيع اذا اكتسب في يد المشتري ثم رد الاصل بعيب يبقى الكسب سالما له وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق في ضمانها فتسلم منفعته والكسب بدل المنفعة وان كانت متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليه اذا جاءت الفرقة من قبلها وانما للزوج في الطلاق نصف قيمة الاصل وفي ردتها جميع قيمته يوم دفع اليها في ظاهر المذهب وعلى قول زفر رح يتنصف الاصل مع الزيادة في الطلاق ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة من قبلها لان بقبضها لا يتأكد ملكها ما لم يدخل بها بل يتوهم عود النصف الى الزوج بالطلاق والكل

وإذا تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أخرى فإن وفى بالشرط فلها المسمى لأنه صلح مهرا وقد تم رضاها به

إذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسري ذلك الحق إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا إذا قبضها المشتري ثم ازدادت زيادة منفصلة فإن البائع يستردها بزيادتها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف تفصيلا قال في الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الأصل وعند ردتها يسترد منها الأصل مع الزيادة لأن الردة تفسخ السبب من الأصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد لفساد البيع فيه يثبت الرد في الأصل والزيادة أما الطلاق فحل العقد وليس بفسخ له من الأصل فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم يكن في ملكه ولا في يده ويتعذر تنصيف الزيادة فيتعذر تنصيف الأصل وجه ظاهر الرواية أنها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها والتنصيف عند الطلاق إنما يثبت في المفروض في العقد وليست الزيادة مسماة فيه ولا حكما إذ لم يرد القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصيفها وهي جزء من العين فيتعذر تنصيفها فيتعذر تنصيف العين كالزيادة المنفصلة في البيع تمنع رد الأصل بالعيب إذا كانت حادثة بعد القبض هذا بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فإنه لا يمنع الواهب من الرجوع في الأصل لأن الهبة عقد تبرع فإذا رجع في الأصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الأصل سالما له بغير عوض فيجوز أن تسلم الزيادة أيضا بغير عوض فأما البيع والنكاح فمعاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا الرد في الأصل بقيت الزيادة سالمة بلا عوض وهي جزء من الأصل ولا يجوز أن يسلم الملك بلا عوض بعد رفع عقد المعاوضة وإذا تعذر تنصيف الأصل وجب عليها نصف قيمته للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر سبب وجوبه ولما كان الصداق إنما دخل في ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض وإن كانت متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذه والزيادة المنفصلة سواء إنما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم تسلمه وعند محمد وزفر رحمهما الله يتنصف الأصل بزيادته لأن النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات كما لو اشترى جارية بعبد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري بعيب فإنه يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لأن المتصلة كزيادة السعر ألا يرى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة السعر فكذا في الصداق بخلاف الموهوبة فإن الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لأن الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمها لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى يسري إلى الزيادة وإذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الأصل لأنه لا ينفصل عنها بخلاف قبضها الصداق فإنه قبض ضمان بحق الزوج فيتبين به بقاء حق الزوج في الأصل فيسري إلى الزيادة كالبيع ولهما أن هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح لها فيكون سالما لها بكل حال كالمنفصلة وإذا تعذر تنصيف الزيادة تعذر تنصيف الأصل لما قال محمد رحمه الله والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من وجه لأنها تملكه لا عوضا عن مال والمتصلة في الصلات تمنع رد الأصل كالموهوب وتأثير المتصلة في الصلات أكثر من المنفصلة حتى أن المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصيف الأصل فالمتصلة أولى أن تمنع فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف أن المتصلة تمنع فسخ العقد من الأصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون فهو قول محمد وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالمنفصلة وأما إذا كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول فإنه يتنصف الأصل مع الزيادة لأن بالطلاق صار رد الأصل مستحقا عليها فيسري ذلك إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق قوله وإذا تزوجها الخ للمسئلة صورتان الأولى أن يسمي لها مهرا ويشترط لها منفعة لها فيه نفع كأن لا يخرجها من البلد أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو يطلق ضرتها والثانية أن يسمي لها مهرا على

وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف ولو تزوجها على الفين ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر رحمه الله الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الف ولا يزاد على الفين واصل المسئلة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه ان شاء الله

تقديره وآخر على تقدير آخر اما الاولى فحكمها ظاهر في الكتاب وهو انه ان وفى لها فليس لها الا المسمى والا فلها مهر مثلها فلو كان مهر مثلها قدر المسمى او اقل لا تستحق شيئا آخر وقال زفر ان كان ما ضم الى المسمى مالا كالهدية ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته والا فليس لها الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذا بمنع التسليم اذا شرطها في العقد بخلاف طلاق الضرة ونحوه لا يتقوم فلا يلزم وقال الامام احمد رحمه الله اذا فات ثبت لها الخيار في الفسخ لانها لم تتزوجه الا على ملك المرغوب فيه فتخير كما اذا باع عبدا على انه خباز او كاتب وهو بخلافه ولقوله صلى الله عليه وسلم احق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج وجواب زفر ان ايجاب التسليم ليس للتقوم في المشروط بل لعدم رضاها بالالف الا به فبانتفائه ظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم التسمية وفيه مهر المثل وجواب الثاني ان ذلك في الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا وهذه الشروط تمنع التزوج والتسري لو وجب الجري على موجبها فكانت باطلة فلا يؤثر عدمها في خيار الفسخ بل ان وفى تمت التسمية لرضاها بها والا لا تتم لعدم الرضا وفساد العقد ليس لازما لعدم التسمية ولا لعدم مهرها شاذ وليس ذكرها من الاركان ولا الشروط بخلاف البيع فان قيل ما استدللتم به ليس محل النزاع لان مقتضى الشرط المذكور ان لا يتزوج ما دامت تحته مختارا العدم ودخول خيار الفسخ في يدها واين عدم التزوج مختار الامر من تحريمه شرعا فالجواب ان الشرط المحرم للحلال بعد ما حكم بكونه باطلا لا يتصور الا على ارادة كونه شرط ترك الحلال او فعل الحرام اذ لو احل حقيقة بان ثبت به حكم الحل شرعا لم يكن باطلا واذا عارضه وجب حمل الاحقية المذكورة فيما روى على ما من الحق في نفسه هو المراد به ضد الباطل وهو اعم من الوجوب صادق عليه وعلى الجائز والمندوب لا ما يخص الواجب عينا يبقى ان يقال اذا ظهر عدم رضاها بالالف لم يلزم كونه نكاحا بلا تسمية والا نظير للقطع بانها ليست مفوضة بل انما رضيت بتسمية صحيحة معينة وقد قالوا اذا سمى للبكر عند استيذانها مهرا فسكتت لا يكون رضا حتى يكون المهر وافرا او لا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهي مصرحة بنفيه وكون مهر مثلها اصلا لا يستلزم صحة النكاح به ما لم تكن مفوضة او تصرح بالرضا به والا فقد لا ترضى بمهر المثل لتسميته فلا ينفذ النكاح عليها به فيجب ان تختار كما اذا زوجت نفسها من غير كفوء فانه ينعقد ثم يثبت للولي خيار الفسخ واما ما ذكر من حمل لفظ احق في الحديث على ما ذكر فبلا موجب لان ذلك الموجب وهو تحريم الحلال منتف لانه لا يحرم التسري بهذا الشرط بل هو امتنع منه بالتزامه مختارا لاحب الامرين اليه وهو صحبة الزوجة ولهذا لو تسرى لا نقول فعل محرما وهو اذن من امتناعه عن بعض المباحات بحلفه لا يفعله واما الثانية فكان تزوجها على الف ان اقام بها او ان لا يتسرى او ان لا يطلق ضرتها او ان كانت مولاة او ان كانت اعجمية او ثيبا وعلى الفين ان كان اضدادها فان وفى بالاول او كانت اعجمية ونحوه فلها الالف والا فمهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الف عند ابي حنيفة وكذا ان قدم شرط الالفين يصح المذكور عنده حتى لو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف المسمى والاتفاق على انه لا خطر فيها وكذا في المسئلة الاولى لان بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط وقالا الشرطان جائزان فلها الالف ان قام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لا ينقص عن الالف ولا يزاد على الفين وجه قول ابي حنيفة انه لا خطر في التسمية الاولى بل هي منجزة بخلاف الثانية فهي معلقة فاذا وجد شرطها بان اخرجها مثلا ثبت لها ذلك المسمى وقد كان ذلك المسمى الاول ثابتا لان المنجز لا يعدم بوجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة ووجه قولهما انهما معلقان فلا يوجد في كل تقدير سوى مسمى واحد ووجه قول زفر ان لا تعليق اصلا بل هما منجزان لان ما يضم مع المال انما يذكر للترغيب لا للشرط فاجتمعا فيفسد للجهالة واصلها في الاجارات وستزداد هناك وضوحا ان شاء الله تعالى واعلم انه نقل عن الدبوسي لو تزوجها على الف ان كانت قبيحة والفين ان كانت

ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد فإذا أحدهما أوكس والآخر أرفع فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الأوكس وإن كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع وإن كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لها الأوكس في ذلك كله فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع لهما أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى وقد أمكن إيجاب الأوكس إذ الأقل متيقن وصار كالخلع والإعتاق على مال ولأبي حنيفة رحمه الله أن الموجب الأصلي مهر المثل إذ هو الأعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والإعتاق لأنه لا موجب له في البدل إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضيت بالحط وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج راضٍ بالزيادة

جميلة يصحان بالاتفاق لأنه لا خطر في التسمية الثانية لأن أحد الوصفين ثابت في نفس الأمر جزماً غير أن الزوج يجهله وجهالته لا توجب خطراً بالنسبة إلى الوقوع وعدمه واستشكل بأن مقتضاه ثبوت صحتها اتفاقاً فيما إذا تزوجها بألف إن كانت مولاة أو ليست له امرأة وبألفين إن كانت حرة الأصل أو له امرأة لكن الخلاف منقول فيهما والأولى أن تجعل مسئلة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص في نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيهما والله أعلم أنه لو كان تزوجها على ألف وعلى طلاق فلانة تطلق بمجرد تمام العقد بخلاف ما تقدم من كذا وأن يطلق فلانة فإنه ما لم يطلقها لم تطلق وفي المبسوط لو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ترد عليه عبداً فقد بذلت البضع والعبد والزوج بدل الألف وشرط الطلاق فيقسم الألف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد فإن كانا سواء صار نصف الألف ثمناً للعبد ونصفها صداقاً لها وإذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك وإن دخل بها نظر إن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها إلا ذلك وإن كان أكثر فإن وفى بالشرط فطلق فليس لها إلا الخمسمائة وإن أبى أن يطلق لم يجبر عليه لأنه شرط الطلاق وإيقاع الطلاق لا يصح التزامه في الذمة فلا يلزمه بالشرط شيء ولها كمال مهر مثلها ولو كان تزوجها على ألف وطلاق فلانة على أن ترد عليه عبداً وقع الطلاق بنفس العقد والزوج بذل شيئين الألف والطلاق والمرأة البضع والعبد والشيئان متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الآخرين فإن كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الألف ونصف الطلاق صداقاً لها فإذا طلقها قبل الدخول كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لأن بمقابلته نصف العقد ونصف البضع وإن لم يكن العوض مشروطاً على المطلقة وإنما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لأن المجهول إذا ضم إلى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة ولو استحق العبد أو هلك قبل التسليم رجع بخمسمائة حصة العبد وبنصف قيمة العبد أيضاً لأن نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق استحقاق السيد هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزماً بتسليمه فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف وههنا المسئلة التي تجاذبها بابا الشفعة والنكاح وهي ما إذا تزوجها على دار على أن ترد ألفاً تقسم الدار على مهر مثلها وعلى الألف حتى لو استويا فالنصف مهر والنصف مبيع أن تفاوتا وهذا بالاتفاق ثم هل تثبت الشفعة بجار هذه الدار فيما مثلاً عند أبي حنيفة لا وعندهما نعم اعتبار البعض المبيع بالكل وهو يقول ما ثبت في ضمن شيء يعطى له حكم المتضمن لا حكم نفسه والبيع هنا في ضمن النكاح أو العقد بلفظ النكاح فحكمه حكمه ولا شفعة في الدار التي تزوج عليها فكذا في هذه ولو اعتبر البيع أصلاً فسد لأنه نكاح في ضمن بيع فيفسد البيع لأنه يفسد بالشروط الفاسدة وقبول النكاح صار شرطاً فيه وفي فتاوى الخاصي من علامة النون تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً على أن تدفع إليه هذا العبد فإنه يقسم مهر مثلها على قيمة العبد ومهر مثلها لأنها بذلت البضع والعبد بإزاء مهر المثل والبدل ينقسم على قيمة المبدل فما أصاب قيمة العبد فالبيع فيه باطل لأنها باعته بشيء مجهول ويصير الباقي مهراً لها وذكر في علامة الواو وقال لامرأة أتزوجك على أن تعطيني عبدك هذا فأجابته بالنكاح جاز بمهر المثل فلا شيء له من العبد فإن هذا شرط فاسد وأما جواز النكاح فلأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة انتهى وهذا اختلاف المعاد الذي تجب لها ومقتضاه أنه تمام مهر المثل بخلاف الأول **قوله** ولو تزوجها على هذا العبد وهذا العبد أو على هذا الألف وهذا العبد أو على ألفين أو ألف فإن كان مهر مثلها مثل أوكسهما أو مثله فلها الأوكس إلا أن يرضى الزوج بدفع الأرفع فهو لها إلا أن ترضى بالأوكس فإن كان أكثر من أرفعهما أو مثله فلها الأرفع إلا أن ترضى هي وإن كان بينهما أي فوق الأوكس ودون الأرفع فلها مهر مثلها وهذا عند أبي حنيفة وقالا لها الأوكس في ذلك كله فإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس بلا خلاف إذا كان قيمة العبدين سواء صحت التسمية اتفاقاً وكثير على أن منشأ هذا الخلاف في الواجب الأصلي في النكاح فعنده مهر المثل لأنه

والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الأوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير إن شاء أعطاها ذلك وإن شاء أعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسألة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوجها على فرس أو حمار أما إذا لم يسم الجنس بأن يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لأن عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى إذ كل واحد منهما معاوضة ولنا أنه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والأقارير

أعدل إذ هو قيمة البضع لأنه متقوم بحالة الدخول بخلاف المسمى فإنه قد يزيد على قيمته وقد ينقص فلا يعدل عنه إليه إلا عند صحة التسمية وقد فسدت للجهالة بإدخال كلمة أو وعندهما الواجب الأصلي المسمى فلا يعدل عنه إلى مهر المثل إلا إذا فسدت من كل وجه وهو منتف إذ يمكن إيجاب الأوكس لأنه متيقن قياسا على ما لو خالعها على هذا العبد أو هذا فإنه يجب الأوكس فيهما اتفاقا وهذا إن كان منقولا عنهم فلا كلام فيه وإن كان تخريجا فليس بلازم لجواز أن يتفقوا على أن الأصل مهر المثل ثم يختلفوا في فساد التسمية في هذه المسألة فعنده فسدت لإدخال أو فتصير إلى مهر المثل وعندهما لم تفسد لأن المتردد بينهما لما تفاوت ورضيت هي بأيهما كان فقد رضيت بالأوكس فتعين دون الأرفع إذ لا يمكن تعيينه عليه مع رضاها بالأوكس وإذا تعين ما لها لم يصر إلى مهر المثل لأن المصير إليه حكم عدم التسمية وهي فيه صحيحة وصار كالخلع على ألف أو ألفين والإعتاق بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو هذا وقيل فإنه يجب الأوكس فيهما وهو يفرق بأن تعين الأوكس في هاتين ضرورة أن لا موجب فيهما في حق البدل وإنما يجب فيهما بالتسمية وأن لا يلغو كلامهما بالكلية ولا ضرورة هنا لأن للنكاح موجبا أصليا فإذا لم يتعين أحد ما ردد فيه لا يلزم الأنقص أو يصار بتصحيحه بمهر المثل وهذا بخلاف ما لو خيرها بأن قال على أنها بالخيار تأخذ أيهما شاءت أو على أني بالخيار أعطيك أيهما شئت فإنه يصح كذلك اتفاقا لانتفاء المنازعة أما ما نحن فيه فلأنها لو أرادت أخذ الأرفع فامتنع تحققت المنازعة إذ ليس الرجوع إلى قول أحدهما بأولى من الآخر بخلاف التخيير إذ من له الخيار يستبد بالتعيين وصار كبيع أحد العبدين لا يجوز ولو سمى لكل ثمنا وجعل خيار التعيين لأحدهما جاز بخلاف ما لو أقر بألف أو ألفين حيث يتعين له الألف لأنه لم يوقع ذلك في إنشاء معاوضة بل ذكر أن ذمته مشغولة بأحد المالين والأصل براءة الذمة وهو في شك من اشتغالها بالألفين لم يجزم بها فلا تلزمه بخلاف الألف فإنه لم يشك فيها ولو تزوجها على ألف حالة أو مؤجلة إلى سنة ومهر مثلها ألف أو أكثر فلها الحالة وإلا فالمؤجلة لأنها أقل ولو على ألف حالة أو ألفين إلى سنة ومهر مثلها كالأكثر فالخيار لها وإن كان كالأقل فله وإن كان بينهما يجب مهر المثل وعندهما الخيار له لوجوب الأقل عليه **قوله** والواجب في الطلاق قبل الدخول الخ وعلى هذا لو كانت المتعة زائدة على نصف الأوكس تحكم به صرح به في الدراية فالحكم في الطلاق قبل الدخول في التحقيق ليس إلا المتعة مثلها **قوله** وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف الخ المهر كما يكون من النقود يكون من العروض والحيوان فإذا كان عرضا أو حيوانا فإما معين كهذا العبد أو الفرس أو الدار فيثبت الملك بمجرد القبول فيه لها إن كان مملوكا له وكذا لو لم يكن مشارا إليه إلا أنه أضافه إلى نفسه كعبدي وإلا فلها أن تأخذه بشرائه لها فإن عجز عن شرائه لزمه قيمته ولو استحق نصف الدار خيرت في النصف الباقي في يدها إن شاءت ردته بالعيب الفاحش وهو التشقيص في الأملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار وإن شاءت أمسكته ورجعت بقيمة نصفها ولو طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذي في يدها خاصة ولو ولدت الأمة عنده ثم مات الولد فليس على الزوج ضمانه ولا يكون حاله على من حال ولد المغصوبة ولكن لها الأمة إن دخل بها ولا خيار لها إن كان نقصان الولادة يسيرا وإن كان فاحشا فلها إن شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئا وإن شاءت أخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لأن نقصان الولادة كالعيب السماوي وقد كان الولد جابرا لذلك النقصان فأما إذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها في العيب السماوي بهذه الصفة ولو كان الزوج قتله ضمن قيمته لأنه أتلف أمانة في يده فإن كان في قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن نقصانها وإن لم يكن أجاب في كافي الحاكم بأن عليه تمام ذلك قال شمس الأئمة وهو غلط فقد بين في الابتداء أن الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذا لا يضمن ما زاد على قيمته من قدر النقصان ولكن إن كان يسيرا فلا خيار لها وإن كان فاحشا فلها الخيار كما قلنا ولا إشكال في الثوب المعين في ثبوت الصحة غير أنه إذا زاد فقال هذا الثوب الهروي ولم يكن هرويا فليس لها غيره وعلى قول أبي يوسف لها قيمة ثوب هروي وسط وعلى قول

وشرطنا ان يكون المسمى مالاً وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا واسطة لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلاً في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه انه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس لان الثياب اجناس ولو سمى جنسا بان قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا

زفر لها الخيار بين ان تاخذه او تطلب قيمة الهروي الوسط لانها وجدته على خلاف شرطه ولكنا نقول المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار اليه وسنقرره ان شاء الله تعالى واما تخير معين فلا يخ ان يكون مكيلا او موزونا او غيرهما ففي غيرهما ان لم يعين الجنس بان قال حيوان ثوب دار لم تصح ويجب مهر المثل بالغا ما بلغ لان بجهالة الجنس لا يعرف الوسط لانه انما يتحقق في الافراد المماثلة وذلك باتحاد النوع بخلاف الحيوان الذي تحته الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذي تحته القطن والكتان والحرير واختلاف الصنعة ايضا والدار الذي تحتها ما تختلف اختلافا فاحشا بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة افحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل اولى وان عينه بان قال عبد او فرس حمار بيت صحت التسمية وان لم يصفه وينصرف الى بيت وسط من ذلك كذا ابا قيها وهذا في عرفهم اما البيت في عرفنا فليس خاصا بما يبات فيه بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغي ان يجب بتسميته مهر المثل كالدار ويجبر على قبول قيمته لو اتاها بها وبقولنا قال مالك واحمد خلافا للشافعي له ان عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع جهالة العوض كالبيع ولنا انه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان يثبت في ذلك في الذمة اصله ايجاب الشرع مائة من الابل في الدية وفي الجنين غرة عبد او امة في الذمة وليس فيهما معلوم الا الوسط من الاسنان لخاصة وهذا الشرع عدم جريان المشاحة في ذلك حيث لم يقابلها مال فلا يفضي جهالة الوصف فيه الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الا يرى ان الشرع اوجب مهر المثل مع جهالة وصفه وقدره في بعض الصور بان لم يكن من اقاربها من تزوج وعلم لها مهر فانه يحتاج الى تقويم وتخمين بل جهالة مهر المثل فوق جهالة العبد لان جهالته في الصفة وجهالة مهر المثل جهالة جنس فتصحيح التسمية اولى قوله وشرطنا ان يكون الخ جواب سؤال تقديره لما شابه النكاح الاقرار في كونه التزام مالي ابتداء ينبغي ان يصح تسمية حيوان كما يصح الاقرار بشيء ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به بالاله وسط وطرفان فقال شرطنا ذلك رعاية لجانبي المرأة والزوج لان جهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفي الجهالة اصلا لكن لما لم يكن المال من الجانبين تحملت فيه الجهالة اليسيرة مع انه المورد الشرعي اعني ايجاب الشرع الوسط في حيوان الزكوة رعاية لجانبي الفقراء وارباب الاموال وكذا ما ذكرناه من الدية والغرة ولا يتعدى الاحكم الاصل ولو اسقط قوله فجعلناه التزام المال ابتداء واكتفى بالالحاق بالدية والغرة ومهر المثل استغنى عن هذا السؤال وجوابه قوله وانما تخير الزوج جواب عن مقدر هو انما ذكرتم يقتضي وجوب الوسط والحكم عندكم وجوب احد الامرين منه ومن قيمته حتى تجبر على قبولها اجاب لما كان الوسط لا يعرف الا بتقويمه صارت القيمة اصلا مزاحما للمسمى كانها هو فهي اصل من وجه فيتخير على قبولها ان اتاها به وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال اذا كان الحكم ذلك فصار كانه تزوجها على عبد او قيمته وفيه يجب مهر المثل لان هذا التقرير انما افاد ان الاصل العبد عينا ثم القيمة مخلص الا يرى الى التشبيه في قولنا كانها هو وفي المبسوط بعد ان قال لكون المهر عوضا صار عينا صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانبين ولكونه بالا يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام قال ولهذا لو اتاها بالقيمة اجبرت على القبول لان صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين هذا وتعتبر القيمة بقدر الغلاء والرخص ويختلف ذلك بحسب الاوقات وهو الصحيح وانما قدر ابو حنيفة في السود باربعين دينارا وفي العبيد البيض بخمسين لما كان في زمانه قوله وان تزوجها على ثوب الخ تقدم الكلام فيه قوله وكذا اذا بالغ في وصف الثوب بان ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقعته وعلى منوال كذا لا يختلف الجواب من انها تجبر على اخذ القيمة كما على اخذ الثوب وجعله ظاهر الرواية احترازا عما عن ابي حنيفة رح يجبر الزوج على عين الوسط وهو قول زفر رح وعما عن ابي يوسف رح انه ان ذكر الاجل مع ذلك تعين الثوب لانه موصوفه اذا كان مؤجلا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا في السلم وان لم يؤجل تخير الزوج وعبارته في المبسوط

فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لانه شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رح وقالا لها مثل وزنه خلا

فان عين صفة الثوب فعلى قول زفر لا تجبر على القيمة اذا اتاها بها وعلى قول ابي يوسف ان ذكر الاجل الخ ما ذكرناه ثم قال وزفر يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لانه بالمبالغة في ذكر صفته يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه واشتراط الاجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب دينا في الذمة فاستوى ذكر الاجل وعدمه واجاب بان قال لكنا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة في الذمة لا يجوز الا مؤجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا ان الثياب لا تثبت دينا ثبوتا صحيحا الا مؤجلا انتهى فظاهره ترجيح قول ابي يوسف رح وقد يقال بل حاصل الصورة سلم العبد رأس مال والثياب الموجلة المسلم فيه ولا يخفى ترجح قول زفر اذ لم يندفع قوله ان اشتراط الاجل ليس من حكم ثبوته في الذمة بخلافه اما المكيل والموزون فان سمى جنسه كعلى اردب قمح او شعير دون صفته فكغيره من ثبوته واجبارها على قبول القيمة وان وصفه كجيدة خالية من الشعير صعيدية او بحرية لا يخير الزوج بل يتعين المسمى لان الموصوف منها يثبت في الذمة صحيحا حالا كالقرض ومؤجلا كما في السلم وعن ابي حنيفة رح لا تجبر على القيمة فيما اذا لم يسم الصفة ايضا لان صحة التسمية انما يوجب الوسط مخيرا بينه وبين القيمة كما في الفرس والعبد لا تعين الوسط

قوله فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها وبه قال الثلاثة وقالوا في رواية عن كل منهم يفسد النكاح لامتناع العوض اذ المسمى يمنع عوضا آخر وهو ممتنع التسليم في حق المسلم قلنا امتناع التسليم لا يزيد على فساد التسمية وفسادها لا يزيد على اعتبارها عدما مع اشتراط قبوله والنكاح لا يفسد بعدم التسمية ولا بالشرط الفاسد بخلاف البيع يفسد بالاول لانه ركنه وبالثاني لان الشرط الفاسد يصير ربا لان الشرط زيادة خالية عن العوض في احد الجانبين ولا ربا في النكاح قوله فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر او على هذا العبد فاذا هو حر فعند ابي حنيفة رح لها مهر مثلها فيهما وقال ابو يوسف رح لها مثل وزن الخمر خلا وقيمة الحر المشار اليه لو كان عبدا وقال محمد يقول ابي حنيفة رح في الحر ويقول ابي يوسف رح في الخمر وذكر الحاكم ان قول ابي يوسف الاول كقولهما وظاهر كلام الهداية في التعليلات يقتضي افتراقهم في مباني الخلاف لانه خص ابا يوسف بما حاصله سمى لها مالا وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثلي والعبد قيمي والخمر مثلي ثم قال ابو حنيفة رح يقول لما اجتمعت الخ والتحقيق انه لا خلاف بينهم فيه ففي الايضاح لا خلاف بينهم ان المعتبر المشار اليه ان كان المسمى من جنسه وان كان من خلاف جنسه فالمسمى في اشارات الاسرار قال هذا الخلاف ينشأ من اصل مجمع عليه ثم ذكر معنى ما ذكرنا وما نذكر ولان هذا الاصل متفق عليه في البيوع والاجارات وسائر العقود وتفصيله من الكافي قال هذه المسائل مبنية على اصل وهو ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعا والمشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لانها تعرف الماهية والاشارة تعرف الصورة فكان اعتبار التسمية اولى لان المعاني احق بالاعتبار وان كان المشار اليه من جنس المسمى الا انهما اختلفا وصفا فالعبرة للاشارة لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه اي يتبع الذات الا يرى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس ولو اشتراه على انه احمر فاذا هو اخضر ينعقد لاتحاده والشأن في التخريج على هذا الاصل فابو يوسف رح يقول الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لان احدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا فالحكم بالمسمى كان الاشارة تبين صفة كانه قال عبد كهذا الحر وخل كهذا الخمر ومحمد يقول العبد مع الحر جنس واحد في معنى الذات لا يفترق فيهما فان منفعتهما تحصل على نمط واحد فاذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنسا واحدا فالعبرة للاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا فوجب مهر المثل فاما الخل مع الخمر فجنسان اذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من الخل فالحكم فيه كما قال ابو يوسف وابو حنيفة رح يقول لا تأخذ الذات حكم الجنسين لا بتبدل الصورة والمعنى لان كل موجود من الحوادث موجود بمعناه وصورته والخل والخمر والحر والعبد واحدة فاتحد

وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب القيمة لابي يوسف انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رح يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر او حر ومحمد رح يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل للمشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخل مع الخمر جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رح لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح لها العبد الباقي الى تمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد الى تمام مهر المثل

الجنس فالعبرة للاشارة فيهما والمشار اليه غير صالح فوجب مهر المثل انتهى وغاية الامر ان يكون سمى الخمر خلا والحر عبدا تجوزا وذلك لا يمنع تعلق الحكم بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلبة طالق ولعبده هذا الحمار حر تطلق ويعتق فظهر ان لا اختلاف بينهم في الاصل بل في اختلاف الجنس واتحاده فلزم ان ما ذكر في بعض شروح الفقه من ان الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالاحكام انما هو على قول ابي يوسف وعند محمد رح المختلفين بالمقاصد وعلى قول ابي حنيفة رح هو المقول على متحدي الصورة والمعنى ثم لا يخفى ان اللائق كون الجواب على قول ابي يوسف وجوب القيمة او عبد وسط لان الغاء الاشارة واعتبار المسمى يوجب كون الحاصل انه تزوجها على عبد وحكمه ما قلنا ولو تزوجها على عكس ما ذكرنا اي على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل او هذا الحر فاذا هو عبد او هذه الميتة فاذا هي ذكية فلها المشار اليه في الاصح عند ابي حنيفة رح وان روي عنه مهر المثل وقد مر على اصله وبالاصح عن ابي حنيفة قال ابو يوسف فاوجب الذكية وما معها واوجب محمد المذكاة ومهر المثل في الخمر فمر على اصله وابو يوسف خالف اصله واعتذر عنه بانه جمع بين الاشارة والتسمية وصحت احديهما وبطلت الاخرى فاعتبرت الصحيحة وصارت الاخرى كان لم تكن وكذا خالف ابو حنيفة رح الاصل المذكور لو على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل ووجهه بانه يقول الموجب الاصلي مهر المثل وانما اعتبرنا الاشارة هناك ليجب ولو اعتبرناها هنا لا يجب فلا يعتبر ليجب مهر المثل لانه هو الاصل **قوله** فان تزوجها على هذين العبدين واذا احدهما حر فليس لها عند ابي حنيفة رح الا الباقي اذا ساوى عشرة فان لم يساو ها كملت العشرة لانه مسمى ووجوب المسمى المستحق باصل العقد وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لانها ما رضيت الا بهما وتعذر تسليم احدهما فتجب القيمة وقال محمد رح لها الباقي وتمام مهر مثلها ان لم يبلغ الباقي مهر المثل وهو رواية عن ابي حنيفة رح فعلى هذا لو بلغ الباقي مهر المثل لا يزاد عليه فتتحد بقول ابي حنيفة لانهما لو كانا حرين يجب مهر المثل فاذا كان احدهما حرا او لم يبلغ الباقي مهر المثل تمم مهر المثل دفعا للضرر عنها فهنا مقامان لهما مقام اختلافيه وهو تعيين الواجب مع الباقي ومقام اتفاقيه وهو عدم الاقتصار على الباقي ولهما فيه الالحاق بالمسئلة السابقة اعني ما اذا تزوجها على الف وان لا يخرجها من البلد ولم يف حيث يكمل مهر المثل لانها لم ترض بذلك القدر فقط وقد امتنع الباقي فلم يجب الاقتصار عليه والجواب الفرق بان الفائت في السابقة لم يستحق باصل العقد مدفوع بان الاثر لاستحقاق مستحق خاص باصل العقد في دفع استحقاق غيره ولزوم مهر المثل فيها ليس الا لعدم رضاها بذلك القدر بتسميته اذ لم ترض الا بالكل غير ان الفائت هناك لما لم يتقوم صير الى مهر المثل وهنا يتقوم بمعنى انه يقوم هذا الحر عبدا فتجب قيمته وعلى هذا يترجح قول ابي يوسف من حيث الوجه وقد يجاب بان جبر الفائت هناك لعدم رضاها وعدم تقصيرها في تعيين ما ترضى به اما هذا ففي المقصرة في الفحص عن حال المسميين فانه مما يعلم بالفحص بخلاف السابقة لان عدم الاخراج وطلاق الضرة انما يعلم بعد ذلك فكانت هنا ملتزمة للضرر معنى هذا وقد خرجت هذه المسئلة على ما يليها من الاصل الذي ذكرناه فعند ابي حنيفة رح تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو واذا الغي تسمية احد العبدين صار كانه تزوجها على عبد فليس لها غيره وعند ابي يوسف رح تسمية العبد معتبرة مع الاشارة الى الحر فاعتبر بتسمية العبدين لكنه عجز عن تسليم احدهما فوجبت قيمته ومحمد يقول الامر كما قال ابو حنيفة ان تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو لكنها لم ترض في تمليك بضعها بعبد واحد فيجب النظر الى مهر المثل لدفع الضرر ولا جواب الا بما قلنا من التزامها لذلك حيث قصرت ان تم والا فالاوجه قول ابي يوسف وكونها مقصرة بذلك ممنوع اذ العادة مانعة من التردد في ان المسمى حر او عبد وقريب من هذا لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فاذا هي تسعة ليس لها غير التسعة وحكم محمد بها كما قال ابو حنيفة رح ان ساوت مهر مثلها او زادت والا كمل مهر مثلها وفي الفتاوى الخاصة من علامة العين تزوج على هذه الاثواب العشرة فاذا هي احد عشر

وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وإنما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطي فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافاً لزفر رح هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا أن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية بخلاف البيع لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته

فإن كان مهر مثلها مثل أحد عشر وزيادة فلها أحد عشر عند أبي حنيفة وبه يفتى لأن المهر أحد العشرتين أجودهما وأردأهما فصار كما إذا تزوج على أحد هذين العبدين أما إذا وجدت تسعة فلها التسعة لا غير عنده وبه يفتى فرق بين هذا وبين ما إذا تزوجها على هذه الأثواب العشرة الهروية فإذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعاً لأنه في الأولى المنطوق الثوب المطلق والثوب المطلق لا يجب مهراً ألا يرى أنه لو تزوج على ثوب مطلق يجب مهر المثل وفي الثانية المنطوق به ثوب هروي وبهذا يجب مهراً وشرح العبارة الأولى أن التزوج إنما وقع على عشرة وحين وجدت أحد عشر فلا بد أن يشتمل غالباً على عشرة هي أجود الأحد العشر وعشرة هي أردأ لأحد عشر فصارت التسمية عشرة من أحد عشر إما أردأها أو أجودها وبه تفسد التسمية عند أبي حنيفة رح فيحكم مهر المثل فإذا كان أحد عشر أو أكثر فلها الأحد عشر لرضاها بالنقصان وإن كان بين العشرة التي هي الأردأ والعشرة التي هي الأجود تعين أعني مهر المثل كما لو كان بين أوكس العبدين وأجودهما وإن كان أقل من أردأ العشرتين وأمثالها تعين العشرة الردي لما لو كان أقل من أوكس العبدين في مسألة هذا قياس قولهما وأما قياس قولهما فصحة التسمية وتعين أردأهما مطلقاً كما عيناً أوكس العبدين كذلك وشرح عبارة التسعة أنه إذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالهروية فكأنه تزوجها على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو وتجب التسعة فقط بخلاف ما إذا وصفها بالهروية لأن المعنى أنه تزوجها على هذه التسعة وثوب هروي فلا تبطل التسمية غير أن مقتضى الأصل أن يتخير فيه بين عينه وقيمته والله أعلم **قوله** وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد وهو كتزوج الأخت في عدة الأخت والخامسة في عدة الرابعة أو الأمة على الحرة إن كان قبل الدخول فلا مهر لها خلا بها أو لم يخل لأن المهر لا يجب في النكاح الفاسد إلا بالدخول وإنما لم تقم الخلوة فيه مقام الدخول لأن التمكن منها فيه منتف شرعاً بخلاف الصحيح فإنه يجب فيه بالعقد ويكمل بالخلوة لو طلقها فيه قبل الدخول لأن الخلوة فيه أقيمت مقام الدخول لثبوت التمكن من الوطي شرعاً وحساً فإن دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافاً لزفر رح اعتبره بالبيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة إذا امتنع الرد ونحن نقول المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإن زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية وأورد عليه لزوم التناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها إذا انقصت منه فإن كانت فاسدة يجب شمول العدم وإن كانت صحيحة يجب شمول الوجود وأجاب المورد بأنها صحيحة من وجه فاسدة من وجه صحيحة من حيث إن المسمى مال فاسدة من حيث إنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا نقصت لانضمام رضاها والحق أن هذه التسمية ليست إلا فاسدة وقد صرح المصنف بطلانها إذ ليس معنى فساد التسمية إلا كون المسمى ليس بمال أو وقوعه في عقد فاسد كل منهما يستقل بفسادها وفسادها يوجب المصير إلى مهر المثل لأنه القيمة للبضع شرعاً وتقرير الكتاب لا تجب الزيادة لعدم التسمية أي لأنها لم تسمها وكانت راضية بالحط مسقطة حقها في الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه وإذا علمت فساد التسمية علمت أن المصير في العقد الفاسد إلى مهر المثل بالدخول اتفاقاً بيننا وبين زفر غير أنه يوجبه بالغاً ما بلغ ونحن لا نجاوز به المسمى لما ذكرنا فوجه الاستدلال أن يقال سلمنا أن الواجب فيه مهر المثل لكنها رضيت بإسقاط بعض حقها وترك باقي المقدمات لأنه لا حاجة إليها بل لا تصح لأن قوله إنما يتقوم بالتسمية إن أراد في النكاح الصحيح فالحصر ممنوع بل تارة بها وتارة بمهر المثل وإن أراد في الفاسد فقد ظهر أنها لا تصح فيه حتى صار خالياً عن التسمية ووجب مهر المثل غير أنا اعتبرنا حطها فإن قيل لم اعتبر رضاها بالحط ولم يعتبر رضاه بالزيادة فلم يوجبوا المسمى إذا زاد على مهر المثل فالجواب أنا لو أوجبناه فإما لأنه مسمى وقد بطل وإما لرضاه ومجرد رضاه بالتمليك لا يثبت لزوم القضاء به لأن به لا يدخل في ملك الآخر بل بالقبض بخلاف الرضا بالحط لأنه إسقاط فيتم بالواحد وعلى هذا لا تتم المعارضة لزفر رح بما في الترمذي وغيره من

وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه

قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل الحديث فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فكان وجوب مهر المثل اصلا في كل نكاح فاسد لعدم ما فيه مما قدمناه في باب الاولياء والاكفاء فرع لا يصير محصنا بهذا الدخول الا عند ابي ثور واجمعت الائمة على انه لا يكون محصنا في العقد الصحيح الا بالدخول ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا بخلاف ما اذا تكرر وطئ الابن لجارية الاب وادعى الشبهة فانه يلزمه بكل وطئ مهر لان الاصل ان الوطئ في غير الملك ان كان لشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره وان كان لشبهة ملك لا يتعدد بتعدده ففي جارية الاب وجارية الزوجة اذا وطئها الزوج الثابت في حقهما شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره وفي جارية الابن اذا وطئها الاب والمكاتبة اذا وطئها السيد والزوجة في النكاح الفاسد او في النكاح الصحيح اذا ظهر بعد تعدد الوطئ انه كان حلف بطلاقها الثابت في حقهم شبهة الملك وتقرر الوطئ في الملك لا يتعدد به المهر هكذا في شبهة ذاما اذا وطئ احد الشريكين الجارية المشتركة مرارا قال الشيخ حسام الدين لم يذكر في الكتاب وكان الشيخ برهان الدين يقول يتعدد المهر لانه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الاب في حق الابن ولو وطئها بعد التفريق في النكاح الفاسد يحد لانتفاء الشبهة ولو زنى بامرأة وتزوجها وهو مخالطها ثم اكمل الجماع لزمه مهران مهر المثل بالزنا لما سقطت عنه الحد حين تزوجها قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وان طلقها في الحال لان هذا اكثر من الخلوة وفي الخلاصة في الجنس الخامس من فصل المهر لو وطئ المعتدة عن طلاق ثلث وادعى الشبهة يلزمه مهر واحد ام لكل وطئ مهر قيل ان كانت الطلقات الثلاث جملة فظن انها لم تقع فهو ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد وان ظن انها تقع لكن ظن ان وطئها حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطئ مهر وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله اشترى جارية فوطئها مرارا ثم استحقت فعليه مهر واحد وان استحق نصفها فعليه نصف المهر وفي آخر حدود خواهر زاده الصبي اذا زنى بصبية فعليه المهر وان اقر بذلك لا مهر عليه واذا زنى الصبي ببالغة مكرهة عليه المهر وان دعته الى نفسها لا مهر عليه ولو دعت صبية صبيا عليه المهر وكذا لو دعت امة صبيا والمراد من المهر العقر قوله وعليها العدة يعني اذا فارقها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة لانها لا تقام مقام الوطئ في النكاح الفاسد وينبغي ان لا تجب عليها الا حداد في الاصل فيما اذا دخل الرجل على غير امرأته فدخل بها قال عليه مهرها لانه دخل بها بشبهة النكاح لان خبر الواحد حجة في المعاملات فيصير شبهة تسقط الحد ويجب المهر قال وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه ولا تتقي في عدتها ما تتقي المعتدة بنحوه قضى رضي الله عنه ولان الحداد لاظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وليس ذلك في الوطئ بشبهة ولا نفقة في هذه العدة لان وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف هنا لانها النفقة التي كانت واجبة باصل النكاح تبقى في العدة ولم يكن عليه نفقة مستحقة هنا لتبقى ولا يرجع بالمهر على الذي ادخلها عليه لانه هو المستوفي للبدل ولو كانت هذه اخت امرأته حرمت عليه امرأته الى انقضاء عدتها قوله ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات هو الصحيح احتراز عن قول زفر رحمه الله لانها انما تجب باعتبار شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق او بالافتراق بالمتاركة اذ لا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يرتفع الا بما قلنا ولا يتحقق المتاركة الا بالقول بان يقول تاركتك او خليت سبيلك او خليتها او تركتها اما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها ان تتزوج بآخر قال الشيخ الامام فخر الدين قاضيخان هذا في المدخول بها اما غيرها فيتفرق الابدان بان لا يعود اليها ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر وقيل بعد الدخول ليس له ذلك الا بحضور الآخر وعلم غير المتارك ليس شرطا لصحة المتاركة على الاصح وانكار النكاح ان كان بحضرتها فهو متاركة والا فلا وروي كذلك عن ابي يوسف واختار الصفار قول زفر حتى لو حاضت ثلث حيض من آخر الوطئات قبل التفريق انقضت العدة وعندنا ما لم تحضها بعد التفريق او المتاركة لم تنقض ويجب

وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشئ انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح

ان يكون هذا كله في القضاء اما فيما بينها وبين الله تعالى اذا علمت انها حاضت بعد آخر وطئ ثلاثا ينبغي ان تحل لها التزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس ما قدمناه من نقل العتابي وفي الفتاوى لا تجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد قوله وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطي والاقامة اي اقامة العقد مقام الوطي باعتباره وهذا جواب عن قياسها على الصحيح وذكر في الاصل تزوجت الامة بغير اذن مولاها ودخل بها وجاءت بولد لستة اشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يحك خلافا قال شيخ الاسلام تاويل هذا ان الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة قال في الغاية وقد اعتبر العدة من وقت التفريق وكان الاحوط في النسب من وقت التفريق ايضا لا من وقت النكاح لان العدة للنسب قال شارح الكنز هذا وهم لانهم انما اعتبروا من وقت النكاح ليثبت النسب بمجرد العقد اقامة للتمكن من الوطي بالشبهة مقام الوطي حتى لو جاءت بولد لستة اشهر من وقت العقد ولاقل منها من وقت الوطي يثبت نسبه كما في الصحيح ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق الا يرى انها لو جاءت بولد لاكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها وهي معه ثبت نسبه ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لا غير لما ثبت وكذا لو فارقها بعد عشر سنين لا يمكن الاعتبار لوقت التفريق لا غير ولو خلا بها ثم جاءت بولد يثبت نسبه ويجب المهر والعدة في رواية عن ابي يوسف رح وعنه لا يثبت ولا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر رح وان لم يخل بها لا يلزمه الولد وفي المنتقى والحاصل انه من وقت التفريق اذا وقعت فرقة وما لم يقع فمن وقت النكاح او الدخول على الخلاف قوله لقول ابن مسعود رض لها مهر مثل نسائها قاله في المفوضة وقد بينا تخريجه وقوله وهي اقارب الاب ليس من كلامه بل تفسير لنسائها من المصنف بناء على ان الظاهر من اضافة النساء اليها باعتبار قرابة الاب لان الانسان من جنس ابيه ولذا صحت خلافة ابن الامة اذا كان ابوه قرشيا وعلى هذا كان الاولى اسقاط الواو في قوله ولان الانسان من جنس قوم ابيه ليكون وجه كون الاضافة المذكورة تعين كونهن اقارب الاب فالظاهر انه ذا لان جعله وجها مستقلا لا يصح الا ان يرجح لا يكون الدليل الاول مستلزما للمطلوب لان مجرد اضافة النساء اليها لا يستلزم كون النساء المضافة اقارب الاب بل كما يصح ان يقال لعماتها واخواتها نساؤها يصح ان يقال لخالاتها ايضا واخواتها لامها فانما يترجح جهة ارادة الاب بالمقارنة المذكورة قوله ويعتبر في مهر المثل ان تتساويا في الجمال يعني مجرد تحقق القرابة المذكورة لا يثبت صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساويا سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة وادبا وكمال خلق وعدم ولد وفي العلم ايضا فلو كانت من قوم ابيها لكن اختلف مكانهما او زمانهما لا يعتبر بمهرها لان البلدين تختلف عادة اهلهما في المهر في غلائه ورخصه فلو زوجت في غير البلد الذي تزوج فيه اقاربها لا يعتبر بمهورهن وقيل لا يعتبر الجمال في بنت الحسب والشرف بل في اوساط الناس وهذا جيد وقالوا يعتبر حال الزوج ايضا اي بان يكون زوج هذه كازواج امثالها من نسائها في المال والحسب وعدمهما فان لم يكن واحدة من قوم الاب بهذه الصفات فاجنبية موصوفة بذلك وفي الخلاصة ينظر في قبيلة اخرى مثلها اي مثل قبيلة ابيها وعن ابي حنيفة رح لا يعتبر بالاجنبيات ويجب حمله على ما اذا كان لها اقارب والا امتنع القضاء بمهر المثل وفي المنتقى يشترط ان يكون المخبر بمهر المثل رجلين او رجلا وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة فان لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه وفي شرح الطحاوي مهر مثل الامة على قدر الرغبة قوله واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يتقيد بكون الضمان في الصحة اما في مرض الموت فلا لانه تبرع لوارثه في مرض موته ويشمل ولي الصغير زوجه وضمن عنه وولي الصغيرة زوجها وضمن لها وقوله ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها هو على التقدير الثاني وقوله ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره يفيد ان الزوج الصغير ايضا في حكم الكبير وهذا لانه لا يرجع اذا ادى عن ابنه الصغير فيما اذا زوجه وضمن عنه لان العرف تحمل مهور الصغار الا ان يشهد

ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره
كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير
وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة
لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه **قال** وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر
وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها
من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق

انه يدفع ليرجع في اصل الضمان **قوله** ثم المرأة بالخيار في مطالبتها يعني اذا بلغت زوجها يعني اذا كان بالغا وان لم يكن بالغا فانما لها مطالبة ابيه ضمن او لم يضمن كما في شرح الطحاوي والتتمة وذكرنا انه اذا ادى لا يرجع ما لم يشهد على اشتراط الرجوع في اصل الضمان ولا يخفى ان هذا مقيد بما اذا لم يكن للصغير مال هذا والمذكور في المنظومة في باب جواب مالك من انه يضمن الاب مهر ابنه الصغير بلا ضمان ونحن نخالفه بخلاف اطلاق شرح الطحاوي وذكر في المصفى جوابه فقال قلنا النكاح لا ينفك عن لزوم المال ثم لا ينفك عن ايفاء المهر في الحال فلم يكن من ضرورة الاقدام على تزويجه ضمان المهر عنه فهذا هو المعول عليه وان ضمن الوصي يرجع مطلقا فلو لم يؤد الاب في صورة الضمان حتى مات فهي بالخيار بين اخذه من تركته وبين مطالبة زوجها فان اختارت التركة فاخذت كان لباقي الورثة الرجوع في نصيب الصغير وقال زفر ليس لهم الرجوع لان هذه الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا امر من المكفول عنه اذ لا يعتبر اذنه ولو اذن وعن ابي يوسف رحمه الله كقوله فيما ذكره الولوالجي قلنا بل صدرت بامر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الاب عليه فاذن الاب اذن منه معتبر واقدامه على الكفالة دلالة ذلك من جهته بخلاف ما اذا ادى عنه في حياته لان تبرع الاباء بالمهور معتاد وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون وكذا يرجعون لو ادى في مرض موته والمجنون كالصبي في جميع ذلك لانه مولى عليه سواء كان الجنون اصليا او طاريا وانما صح ضمان وليها اذا كان ابا او جدا مع انه المستحق لقبض صداقها والمطالبة به لان الولي في النكاح وان باشر سفير كالوكيل به بخلاف ما لو باع مال الصغير لا يصح ضمانه الثمن لانه مباشر فترجع الحقوق اليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم في الرد بالعيب وتسليم المبيع ويصح تاجيله وابراؤه من الثمن عند ابي حنيفة ومحمد ويضمن مثله في ماله فلو صح ضمانه كان ضامنا لنفسه مقتضيا ومقتضا فان قيل لا نسلم عدم رجوعها اليه في النكاح الا يرى ان له المطالبة بمهرها اجابه المصنف بقوله وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد لانه معتاد ولهذا لا يملك قبضه بعد بلوغها اذا نهته صريحا اما اذا لم تنهه فله المطالبة بخلاف البيع فان له القبض بعد بلوغه دون الصبي ثم لا يشترط احضار الزوجة لقبض الاب مهرها عندنا خلافا لزفر وابي يوسف في قوله الآخر وفي المرغيناني لا يشترط ولم يذكر خلافا وقدمنا في قبض مهر البكر البالغة فروعا استوفيناها في باب الاولياء والاكفاء فارجع اليها ومالم تذكره هناك لو قبض الاب المهر ثم ادعى الرد على الزوج ان كانت بكرا لم يصدق الا ببينة لان له حق القبض ليس له حق الرد وان كانت ثيبا صدق لان حق القبض ليس له فاذا قبض بامر الزوج كانت امانة عنده من الزوج فيقبل دعواه الرد كالمودع اذا قال رددت الوديعة **قوله** وللمرأة ان تمنع نفسها من الدخول بها ومن ان يسافر بها حتى يوفيها معجل مهرها ليتعين حقها في البدل كما تعين حقه في المبدل يعني ولا يتعين حقها الا بالتسليم وبهذا التعليل لا يصح الا في الصداق الدين اما العين كما لو تزوجها على عبد بعينه فلانها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه وقوله اي المعجل منه يتناول المعجل عرفا وشرطا فان كان قد شرط تعجيله كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله او بعضه فبعضه فان لم يشترط تعجيل شيء بل سكتوا عن تعجيله وتاجيله فان كان عرف في تعجيل بعضه وتاخير باقيه الى الموت او الميسرة او الطلاق فليس لها ان تحبس الا الى تسليم ذلك القدر قال في فتاوى قاضيخان فان لم يبينوا قدر المعجل ينظر الى المرأة والى المهر انه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك ولا يتقدر بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فان الثابت عرفا كالثابت شرطا بخلاف ما اذا شرط تعجيل الكل اذ لا عبرة بالعرف اذا كان الصريح بخلافه ومثل هذا في غير نسخة من كتب الفقه فما وقع في غاية البيان من اطلاق قوله فان كان بعض المهر مشروط التعجيل او مسكوتا عنه يجب حالا ولها ان تمنع نفسها حتى يعطيها المهر ليس بواقع بل المعتبر في المسكوت العرف هذا وللاب ان يسافر بالبكر قبل ايفائه في الفتاوى رجل زوج ابنته البكر البالغة

وليس لها ان تمنع نفسها قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلاً ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلماً اليه بالوطأة الواحدة او بالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا تخلى عن العوض ابانة لخطره والتاكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحماً للمعلوم ثم اذا وجد وطي آخر وصار معلوماً تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلاً بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذي وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة **قال** ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان ياتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهراً لها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ

ثم اراد ان يحول الى بلد آخر بعياله فله ان يحملها معه وان كره الزوج فان اعطاها المهر كان له ان يحبسها **قوله** وليس له حق الاستيفاء كل من الزوج والمرأة له حق الاستيفاء وعليه الايفاء بكماله استيفاء منافع البضع وعليه ايفاء المهر كذلك لها استيفاء المهر وعليها ايفاء منافع بضعها فقد يقلب هذا الدليل فيقال ليس لها حق استيفاء المهر قبل ايفاء منافع البضع والجواب ان هذا وقع في تعليل حبسه اياها لان ثبوت له الاستيفاء يعني لكل منهما لو طولب بايفاء ما عليه كان له الامتناع الى استيفاء ماله ويستلزم تمانع الحقوق وفوات المقصود مثلا لو طالبها بايفاء الدخول فقالت حتى استوفي المهر كان له ان يقول لا اوفيه حتى استوفي منافع البضع وهي تقول مثله لزم ما ذكرنا والصواب ان هذا التعليل بهذا الالحاق بالبيع وان البضع كالمبيع والمهر كالثمن لكنك علمت ان في بيع المقايضة لكل منهما الامتناع فيقال لهما سلما معاً ومثله الاباق في النكاح اذا كان المهر عبداً معيناً مثلا ولا في مسئلة الخلوة لاطلاق الجواب بان لها الامتناع الى ان تقبض هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فللولي منعها عن الزوج الى ان يعطي المهر ولو زوجها غير الاب والجد كالعم وهي صغيرة ليس له ان يسلمها الى الزوج قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض فان سلمها فالتسليم فاسد وترد الى بيتها لانه ليس للعم ولاية ابطال حقها كذا في التجنيس في رمز واقعات الناطفي ولو ذهبت الصغيرة الى بيته بنفسها كان لمن كان احق بامساكها قبل التزوج ان يمنعها حتى يعطيها ويقبضه من له ولاية القبض لان هذا الحق ثابت للصغيرة وليست هي من اهل الرضا **فرع** اذا كان يسكن في بيت الغصب لها ان تمتنع من الذهاب اليه فيه ولا تسقط به نفقتها **قوله** ولو كان كله موجلا مدة معلومة او قليلة الجهالة كالحصاد ونحوه بخلاف ذلك في البيع وبخلاف المتفاحشة كالى الميسرة وهبوب الريح حيث يكون المهر حالا ليس لها ان تمنع نفسها قبل الحلول ولا بعده لان هذا العقد ما اوجب لها حق الحبس فلا يثبت بعده وكذا لو احلته بعد العقد مدة معلومة لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع اذا اجل الثمن ليس له منع المبيع الى غاية القبض وفيه خلاف ابي يوسف فيما رواه المعلى عنه لان موجب النكاح تسليم المهر اولا فلما رضي بتاجيله كان راضيا بتاخير حقه لعلمه بموجب العقد بخلاف البيع فان تسليم الثمن اولا ليس من موجباته كما في المقايضة واختار الولوالجي الفتوى به وهذا اذا لم يشترط الدخول في العقد قبل الحلول فان شرطه فليس لها الامتناع بالاتفاق **قوله** وان دخل بها قبل الايفاء راضية وهي ممن يعتبر رضاها فكذلك عند ابي حنيفة اي ليس لها حبس نفسها حتى تستوفي المهر خلافا لهما واجمعوا انه لو دخل بها كارهة او صغيرة او مجنونة فبلغت وصحت وزال الاكراه يكون لها حبس نفسها بعده وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها لا يسقط حقها في حبس نفسها عنده خلافا لهما وعلى هذا النفقة **قوله** واذا اوفاها مهرها او كان موجلا نقلها حيث شاء من بلاد الله وكذا اذا وطيها برضاها عندهما وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذي واختاره الفقيه ابو الليث فقال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بكتاب الله اولى من الاخذ بقول الفقيه يعني قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وافتى كثير من المشائخ بقول الفقيه لان النص مقيد بعدم المضارة لقوله تعالى ولا تضاروهن بعد اسكنوهن والنقل الى غير بلدها مضارة فيكون قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم مما لا مضارة فيه وهو ما يكون من جوانب مصرها واطرافه والقرى القريبة التي لا تبلغ مدة سفر فيجوز نقلها من المصر الى القرية ومن القرية الى المصر وقال بعض المشائخ اذا اوفاها المعجل والموجل وكان رجلا مامونا فله نقلها **قوله** ومن تزوج امرأة ثم اختلفا الاختلاف في المهر اما في قدره او في اصله وكل منهما اما في حال الحيوة او بعد موتهما او موت احدهما وكل منهما اما بعد الدخول او قبله فان اختلفا في حال الحيوة في قدره بعد الدخول قبل الطلاق او بعده حكم مهر المثل فمن كان من جهته كان القول له مع يمينه وان لم يكن مرجحا لاحدهما بان كان بين الدعويين تحالفا ويعطي مهر المثل هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله على تخريج الرازي على تخريج الكرخي

[illegible] ان بعد الطلاق قبل الدخول فالقول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في المائة والعشرة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل

يتحالفان في الفصول كلها ويحكم مهر المثل وقال ابو يوسف القول للزوج مع يمينه في الكل الا ان ياتي بشيء قليل وفسره المصنف وجماعة بان يذكر ما لا يتعارف مهرا لها وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال ان يذكر ما لا يصلح مهرا شرعا اعني ان يذكر ما دون العشرة لانه ذكر هذا اللفظ في البيع فيما اذا اختلفا في الثمن بعد الهلاك فالقول للمشتري الا ان ياتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعي وقد يقال ذلك لتعين كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم تصور المستنكر بطريق آخر اما هنا فكما يتصور المستنكر عرفا يتصور شرعا ويجاب بان المستنكر شرعا داخل في المستنكر عرفا فانما يستنكر شرعا يستنكر عرفا لا العكس فحيث اعتبرناه عرفا فقد اعتبرناه شرعا وزيادة فصار الحاصل من قولنا الا ما يستنكر مطلقا الا يكون القول قوله فيه سواء كان عرفا او شرعا ولانه لو كان شرعا لم يتحقق لانه اذا ادعى خمسة كملت عشرة ولغا كلامه لان العشرة في كونه مهرا شرعا لا تتجزى والتسمية لبعض ما لا يتجزى شرعا كالتسمية لكله فلا يتصور ان ياتي بالمستنكر وليس هذا بشيء لان عدم تصحيح الخمسة مثلا وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لاتيانه بما يستنكر فقد تصور وجرح الويري تفسير هؤلاء البعض بانه ذكر في الرجوع عن الشهادة لو ادعى انه تزوجها على مائة وهي تدعي الفا ومهر مثلها الف واقام البينة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند ابي يوسف رحمه الله لانه لولا الشهادة لكان القول له ولو لم تجعل المائة مستنكرا في حقها يعني مع ان التسمية العشرة مستنكر فيمن قيمتها عشرة امثاله وان اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور في تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير ووجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه عليه ما في الاصل والجامع الصغير وقال ابو يوسف القول للزوج الا ان ياتي على ما مر والخلاف بينهم في ان القول قول من يشهد له الظاهر على ما عرف في غير موضع وكما يفيده قول المصنف في التوجيه عن ابي يوسف الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر فينفي كون القول له لانتفاء الظاهر معه وانما اختلفوا في الاشتباه والظاهر هنا انه مع من قال مع من يشهد له مهر المثل لان الغالب في المسمى في الانكحة الا ان يكون اقل منه وهذا اوجه من قول المصنف انه الموجب الاصلي لان كونه يفيد الظهور لمن هو من جهته ليس بذلك الاعتبار بل بما ذكرنا وقال ابو يوسف مع من يشهد له الاصل براءة الذمة وانما اعتبر الشاهد هنا مهر المثل لان التسمية الضرورية للبضع اذ ليس كان مالا وانما يتقوم اظهارا لشرفه فيتقدر بقدر الضرورة وهي فيما اذا لم يتيقن بثبوت مسمى وهنا تيقنا وهو ما اقر به الزوج فيكون القول له ويحلف على نفي دعواه وصار كالاختلاف في قدر المسمى في الاجارة كالقصار ورب الثوب لا يصار الى تحكيم اجرة المثل لان تقوم المنافع ضروري فلم يصر اليه حيث امكن المصير الى المسمى وكان القول لمن يدعي الاقل فكذا هذا ولهما قولان تقومه شرعا اظهارا لخطره موجب الرجوع اليه عند التردد في المسمى لا ينفيه بل هو احق من التقوم الذي يثبت بسبب المالية لان ذلك يقبل الابطال بخلاف هذا واما القصار ورب الثوب اذا اختلفا في الاجرة فليس لعقله موجب في الاجرة بدون التسمية ليصار الى اعتباره وللنكاح موجب فهو اشبه باختلاف الصباغ ورب الثوب في المقدار مما ذكروا فيه تحكم قيمة الصبغ واما قوله تيقنا التسمية وهي ما اقر به الزوج فليس بذاك بل المتيقن احدهما غير عين وهو لا ينفي الرجوع اذ لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حيث تعذر القضاء باحدهما عينا قوله ثم ذكر هنا اي في الجامع الصغير ان القول للزوج في نصف المهر اذا طلقها قبل الدخول وكذا في الاصل وفي الجامع الكبير تحكيم المتعة وقد قدمناه ووجه التوفيق ظاهر من الهداية وحاصله يرجع الى وجوب تحكيم المتعة الا في موضع يكون ما اعترف به اكثر منها فيؤخذ باعترافه ويعطى نصف مهر المثل ووجه ما ذكر ان المتعة موجبة بعد الطلاق قبل الدخول فتحكم كمهر المثل وقد يمنع بان المتعة موجبة فيما اذا لم يكن فيه تسمية وهنا اتفقا على التسمية فقلنا

وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمس مائة تحالفا واذا حلفا تجب الف وخمس مائة هذا تخريج الرازي رح وقال الكرخي رح يتحالفان في الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما

بقدر ما اتفقا عليه وهو نصف ما اقر به الزوج ويحلف على نفي دعواها الزائد وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل تحقق الخلاف ولهذا قيل في المسئلة روايتان لكن ما ذكر في جواب قول ابي يوسف رح انتفاء فيه قوله وشرح قولهما اذا ادعى الفا وهي الفين ومهر مثلها الف او اقل فالقول له مع يمينه بالله ما تزوجها على الفين فان حلف لزمه ما اقر به تسمية اي لا تخيير فيها بين ان يعطيها دراهم او قيمتها ذهبا وان نكل لزمه الفان مسمى لان النكول اقرار او بذل على الخلاف وكلاهما تقتضيه تسمية وان كان مهر مثلها الفين او اكثر فالقول لها مع يمينها بالله ما تزوجته على الف وان نكلت فلها ما اقر به تسمية لاقرارها به وان حلفت فلها ما ادعت قدر ما اقر به تسمية لاتفاقهما عليه والزائد بحكم مهر المثل يتخير فيه الزوج بين الدراهم والذهب لان يمينها لدفع الحط الذي يدعيه هو ثم وجوب الزائد بحكم انه مهر المثل وايهما اقام البينة قبلت في الوجهين فيما يدعيه بتسمية فان اقاماها فبينتها اولى في الوجه الاول لاثباتها الزيادة وبينته في الثاني لاثباتها الحط وان نص محمد رح في هذا ان بينتها اولى لاثباتها الزيادة كالفصل الاول كذا في جامع قاضيخان وجه الاول ان الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل وانما تثبت بينتها تعيينها دراهم وذلك وصف في الثابت وبينته مثبتة بخلاف الظاهر وهو الحط فهو المثبتة للزيادة بطريق الاصالة فكانت اكثر اثباتا من المثبتة للوصف وان كان مهر مثلها بين الدعويين الف وخمسمائة فان لم يكن لهما بينة تحالفا وايهما نكل لزمه دعوى الآخر وما وقع في النهاية من ان الزوج اذا نكل يلزمه الف وخمسمائة كانه غلط من الناسخ وان حلفا يجب مهر المثل قدر ما اقر به تسمية والزائد يتخير فيه فان اقام احدهما البينة يثبت ما يدعيه مسمى وان اقاماها تهاترتا في الصحيح لاستوائهما في الاثبات والدعوى ثم يجب مهر المثل ويتخير فيه كله لان بينة كل منهما تنفي تسمية الآخر فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل بخلاف التحالف لان وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق وذكر قاضيخان انه كفصل التحالف هذا كله تخريج الرازي وقد ذكرنا ان على تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك والاحسن ان يقال يتحالفان ثم يعطى مهر المثل واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتاخرين لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وبالتحالف تنتفي بيمين كل دعوى صاحبه ويبقى العقد بلا تسمية فيجب مهر المثل وقال قاضيخان ما قاله الرازي اولى لانا لا نحتاج الى مهر المثل للايجاب بل لتبيين من يشهد له الظاهر فيكون القول له مع يمينه فلا حاجة الى التحالف ويقرع في التحالف للابتداء استحبابا ولو بدأ بايهما كان جاز وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف يبدأ بيمين الزوج لانه كالمشتري والمهر كالثمن وفي المتبايعين يبدأ بيمين المشتري في مذهب الاسبيجابي قوله لو كان الاختلاف في اصل المسمى في حال الحيوة بان ادعاه احدهما ونفاه الآخر يجب مهر المثل بالاجماع ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة بالاتفاق لانه هو الاصل عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح تعذر القضاء بالمسمى لان القول لمنكر التسمية مع يمينه فيصار الى مهر المثل واستشكل كون مهر المثل هو الاصل عند محمد بل هو مع ابي يوسف في ان المسمى هو الاصل على ما صرح هو به في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد واحدهما اوكس ما ذكر من ايجابه مع ابي حنيفة مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد اشرنا الى انه ليعرف من سعة الظاهر بناء على ان العادة كون المسمى لا ينقص عن مهر المثل الا نادرا لكنا منعنا في تلك المسئلة ثبوت اختلافهم في ان الاصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه ولا ينتفي بذلك الخلاف فلا يشكل على هذا كون الاصل مهر المثل عند محمد هنا كما هو عند ابي حنيفة بل الاولى ان يقال للكل والمسئلة اتفاقية قوله ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما اي حال قيام النكاح في الاصل والمقدار

اختلافهما بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستثنى القليل وعند ابي يوسف رحمه الله القول قول الورثة الا ان يأتوا بشيء قليل وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول من انكره فالحاصل انه لا يحكم بمهر المثل عنده وعندهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراثه وان لم يسم لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رحمه الله ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا

ومن كان القول له لو كان حيا يكون لورثته وفي الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله بعد الطلاق المتعة لان اعتبار مهر المثل يسقط بموت احدهما ولهذا لا يجب في المفوضة مهر المثل بعد موت احدهما بالاتفاق **قوله** ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول لورثة الزوج عند ابي حنيفة كابي يوسف حال الحيوة الا ان ابا حنيفة لم يستثن القليل وهذا لسقوط اعتبار مهر المثل بعد موتهما عند ابي حنيفة وعند محمد الجواب بعد موتهما كالجواب في حال الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة القول لمن انكره ولا يقضى بشيء وعندهما يقضى بمهر المثل وبه قال مالك والشافعي واحمد ره وعليه الفتوى لكن الشافعي يقول بعد التحالف عندنا وعند مالك واحمد لا يجب التحالف **قوله** على ما نبينه يعني في المسألة التي تليها من غير فصل وهي ما اذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا ثبت ذلك بالبينة او بتصادق الورثة فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج هذا اذا علم ان الزوج مات اولا او علم انهما ماتا معا او لم يعلم الاولية لان المهر كان معلوم الثبوت فما لم يتيقن بسقوط شيء منه بموت المرأة اولا لا يسقط واما اذا علم انها ماتت اولا فيسقط منه نصيب الزوج لانه ورث دينا على نفسه فعلم بهذا ان المستثنى منه المحذوف في قوله الا اذا علم الخ هو الصور الثلث التي ذكرناها كذا في النهاية والصواب ان المستثنى منه جميع الصور لان التقدير لورثتها ان يأخذوا ذلك في جميع الصور الا في صورة العلم بموتها قبله لان المستثنى منه هو العام ولو كان الصور الثلث مستثنى منها كان اخذ الورثة انما هو في بعض الثلث لا كلها **قوله** فان لم يسم لها شيئا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رح وقالا لهم مهر المثل واستدل ابو حنيفة في الكتاب فقال ارأيت لو ادعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عمر مهر ام كلثوم بنت علي اكنت اقضي فيه بشيء وهذا اشارة الى انه انما لا يقضى به عند تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره وايضا يؤدي الى تكرر القضاء به لان النكاح القديم قد يكون مشهورا وهو ما يثبت بالتسامع فيدعي ورثة ورثة الورثة على ورثة ورثة الورثة فيقضى به ثم تأخر العصر فادعى الورثة الذين جدوا بعد ذلك فكان ايضا يقضى به ايضا ثم وثم فيفضي الى ما قلنا اما اذا لم يتقادم فيقضى بمهر المثل وطريق آخر ان مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فللشبه الاول لا يسقط اصلا وللشبه الثاني يسقط بموتهما وبموت احدهما فقلنا يسقط بموتهما اعمالا لشبه النفقة ولا يسقط بموت احدهما اعمالا لشبه المسمى توفيرا على الشبهين حظهما وهذا يقتضي ان لا يقضى به وان كان العهد قريبا وما قبله اوجه وقال مشائخنا هذا كله اذا لم تسلم نفسها فان سلمت ثم وقع الاختلاف في حال الحيوة او بعد الموت فانه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها لا بد ان تقر بما تعجلت والا حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا **قوله** فالقول قوله اي مع يمينه **قوله** ومن بعث الى امرأته شيئا ثم قال من حقك وقالت هدية فالقول له لانه المملك فكان اعرف بجهة التمليك الا فيما يكون مهيئا للاكل لان الظاهر يخالفه فيه والقول انما هو قول من يشهد له الظاهر والظاهر في مثله المتعارف ان يبعثه هدية والمراد منه نحو الطعام المطبوخ والشوي والفواكه التي لا تبقى والحلواء والخبز والدجاج المطبوخ فاما الحنطة والشعير والعسل والسمن والجوز واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية فالقول فيه قوله واذا حلف المرسل فان كان من غير جنس حقها ولم يرضيا ببيعه بالصداق يأخذه وان كان هالكا لا ترجع بالمرسل بما بقي ان كان يبقى بعد قيمته شيء ولو بعث هو وبعث ابوها ايضا ثم قال هو من المهر فلابد ان يرجع في هبته ان كان من مال نفسه ان كان قائما وان كان هالكا لا يرجع وان كان من مال البنت باذنها فليس لها الرجوع لانه هبة منها وهي لا ترجع فيما وهبت لزوجها وفي فتاوى اهل سمرقند بعث اليها هدايا وعوضت المرأة ثم زفت اليه ثم فارقها وقال بعثتها اليك عارية واراد ان يسترده واراد هي ان تسترد

فقالت هو هدية فقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب

العرف فالقول قوله في الحكم لانه انكر التمليك واذا استرده تسترد هي ما عوضته هذا والذي يجب اعتباره في ديارنا ان جميع ما ذكر من الحنطة واللوز والدقيق
والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لان المتعارف في ذلك كله ارساله هدية فالظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له الا في نحو الثياب
والجارية وفيما اذا بعث الاب بعد بعث الزوج تعويضا يثبت له حق الرجوع على الوجه الذي ذكرنا في فتاوى اهل سمرقند وكذا البنت فيما اذا اذنت
في بيته تعويضا هذا اذا كان بعثها عقيب بعث الزوج فان تقدم عليه فالظاهر انه هدية لا يوجب الرجوع فيه للزوج الا ان كان قائما والله سبحانه
اعلم **قوله** وقيل ما يجب عليه بخلاف الخف والملاءة لا تجب عليه اذ لا يجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها الا فيما سنذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى
ويجب عليه الخف والملاءة لا منهما ثم كون الظاهر يكذبه في نحو الدرع والخمار انما ينفي احتسابه من المهر لا من حق آخر كالكسوة **فرع** جهز ابنته
وزوجها ثم ادعى ان ما دفعه لها عارية وقالت تمليكا او قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الاب عارية قيل القول للزوج ولها لان الظاهر
شاهد لها اذ العادة دفع ذلك اليها هبة واختاره السغدي مع اختيار الامام السرخسي رح كون القول للاب لان ذلك يستفاد من جهته والمختار للفتوى
القول الاول ان كان العرف ظاهرا بذلك كما في ديارهم كما ذكره في الواقعات وفتاوى قاضيخان وغيرها وان كان العرف مشتركا فالقول للاب وقيل
ان كان الرجل ممن شأنه يجهز البنات تمليكا فالقول للزوج والا فله ولو ابرأت الزوج من المهر او وهبته ثم ماتت فقالت الورثة هو في مرض موتها
وانكر الزوج فالقول له وقيل ينبغي ان يكون القول للورثة لان الزوج يدعي سقوط ما كان ثابتا وهم ينكرون وجه الظاهر ان الورثة لم يكن لهم حق
وانما كان لها وهم يدعونه لا لانفسهم والزوج ينكر فالقول له وفي البدائع في كتاب النفقات اعطاها مالا وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول
للزوج الا ان تقيم هي البينة لان التمليك منه وفي الخلاصة انفق على معتدة الغير على طمع ان يتزوجها اذا انقضت عدتها فلما انقضت ابت
ان شرط في الانفاق التزوج يعني كان يقول انفق بشرط ان تتزوجيني يرجع زوجت نفسها او لا لانه رشوة والصحيح انه لا يرجع لو زوجت
نفسها وان لم يشترط لكن انفق على هذا الطمع اختلفوا والاصح انه لا يرجع اذا زوجت قال الصدر الشهيد قال الشيخ الامام الاصح انه
يرجع عليها زوجت نفسها منه او لا لانه رشوة واختاره في المحيط وهذا اذا دفع الدراهم اليها لتنفق على نفسها اما اذا اكل معها فلا يرجع بشيء انتهى
ولم يذكر ما اذا ابت ان تتزوجه في فصل عدم الاشتراط صريحا الا انه قد يتوهم من اقتصاره على قول الشهيد ومن بعده انه يرجع اذا لم تزوجه وحكى
في فتاوى الخاصي فيما اذا انفق بلا شرط بل للعلم عرفا انه ينفق للتزوج ثم لم تتزوجه به خلافا فمنهم من قال يرجع لان المعروف كالمشروط ومنهم
من قال لا قال وهو الصحيح لانه انما انفق على قصده لا على شرطه وفيما ادعت على زوجها بعد وفاته ان لها عليه الفا من مهرها تصدق في الدعوى الى مهر مثلها
في قول ابي حنيفة لان عنده يحكم مهر المثل فمن يشهد له كان القول له مع يمينه وفي النوازل تحكم بالاتفاق ... بعث الزوج اليها بقرة في جهازها والمعتبر الايام
الماتم فطلب قيمتها فان اتفقا انه بعث اليها وامرها ان تذبح وتطعم ولم يذكر قيمته ليس له ان يرجع عليها لانها فعلت باذنه من غير شرط القيمة
وان اتفقا على ذكر الرجوع بالقيمة فله ان يرجع وان اختلفا في ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها الا ان حاصل الاختلاف راجع الى شرط الضمان
وهي منكرة **تتمة** فيها مسائل الاولى مسألة تعرف ذكرناها في باب المهر مع ان الجواب المذكور فيها انما يتعلق بالميراث فاحببنا الاتباع بذكر المهر
زيادة فيها تزوج ثنتين في عقدة وثلاثا في عقدة ومات قبل ان يدخل بواحدة منهن وقبل ان يبين تقدم المتقدمة نكاحه من غيرها وترك الزوجات
وهو الربع عند عدم الولد وولد الابن والثمن مع الولد وولد الابن بينهن على اربعة وعشرين سهما للتي تزوجها وحدها اتفاقا

قال لا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا

والباقي نصفه للثنتين ونصفه للثلاث عند ابي حنيفة رح وقالا ثمانية اسهم من الباقي للثنتين وتسعة للثلاث على تخريجهما وانما قلنا المسئلة من اربعة وعشرين لان نكاح الواحدة صحيح على كل حال لانه ان تقدم فظاهر وكذا ان توسط لانها تكون ثالثة ان وقع بعد الثنتين ورابعة بعد الثلاث وكذا اذا تاخر لبطلان نكاح احد الفريقين فيقع بين ثالثة او رابعة ونكاح كل من الفريقين صحيح في حال باطل في حال ثم نقول ان صح نكاح الواحدة مع الثنتين فلها ثلث الميراث وان صح مع الثلث فلها ربعه فيحتاج الى حساب له ثلث وربع واقله اثنى عشر او نقول مخرج الثلث من ثلاثة والربع من اربعة وبينهما مباينة فضربنا احدهما في الآخر فصار اثنى عشر فيكون لها الثلث في حال اربعة والربع في حال ثلاثة فثلاثة ثابتة بيقين والربع يجب في حال دون حال فيتنصف للشك فيه فينكسر فيضعف فيصير اربعة وعشرين او نضربه في مخرج النصف وهو اثنان في اثنى عشر فصار اربعة وعشرين ثم نقول للتي تزوجها وحدها سبعة من اربعة وعشرين لان لها الثلث في حال ثمانية والربع في حال ستة فستة ثابتة بيقين ووقع الشك في سهمين لانهما يسقطان في حال ويثبتان في حال فيثبت احدهما فيضم الى ستة صار لها سبعة وما بقي تسعة للثلاث لكل واحدة ثلاثة وثمانية للثنتين لكل واحدة اربعة عندهما على اختلاف تخريجهما اما ابو يوسف رح فيعتبر المنازعة فيقول لا منازعة للثنتين في السهم السابع عشر لانهما لا يدعيان الا ثلث الميراث ستة عشر فالسهم السابع عشر سالم للثلاث لانهن يدعين ذلك لانهن يدعين ثلاثة ارباع الميراث ثمانية عشر بقي ستة استوت منازعة الفريقين فيها فتكون بينهما نصفين فحصل للثلاث تسعة منها وللثنتين ثمانية واما محمد فيعتبر الاحوال فيقول ان صح نكاح الثنتين فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وهو حال التقدم اي تقدم الثنتين على الثلاث فتكون الواحدة معهما فيكون لهما ثلثاه فان لم يصح فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك وهو ثمانية والثلاث ان صح نكاحهن فلهن ثلثة ارباع الميراث ثمانية عشر لان الواحدة ترث معهن فان لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة فاتفق الجواب واختلف التخريج والضابط عن الغلط قولنا الحاء مع الحاء والعين مع العين اي محمد الاحوال ويعقوب المنازعة وعند ابي حنيفة رح نصف ما بقي للثنتين ونصفه الآخر للثلاث لان الفريقين في علة الاستحقاق سواء لان كل فريق يستحق في حال وهو ما اذا كان سابقا على الفريق الآخر دون حال التاخير فصار كما لو لم يكن معهن واحدة ولو لم يكن معهن واحدة كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين كذا هنا فللتنصيف وقع الكسر فضعفنا المجموع صار ثمانية واربعين او تضرب مخرج النصف وهو اثنان في اربعة وعشرين فيصير ثمانية واربعين للواحدة من ذلك اربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فنطلب بين السهام والرؤس الاستقامة والموافقة والمباينة فنقيم اربعة عشر على الواحدة ولا يستقيم سبعة عشر على الثنتين ولا على الثلاث ولا موافقة بين ذلك ايضا فحصل معنا اثنان وثلثة فنطلب بين الرؤس والرؤس الاحوال الاربعة التداخل والتماثل والتوافق والتباين فوجدناها متباينة فنضرب ثلثة في اثنين او على العكس فحصل ستة فنضربها في ثمانية واربعين تصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح وطريقة معرفة ما لكل ان تضرب ما كان له من هذه الستة وكان للواحدة اربعة عشر فنضربها في ستة تحصل لها اربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربناها في الستة يحصل لكل فريق مائة وسهمان لكل من الثنتين احد وخمسون ولكل من الثلاث اربعة وثلثون فان قيل ما ذكره ابو حنيفة رح مشكل لانه يعطي الثنتين ما لا يدعيانه اجيب بانهما انما لا تدعيانه اذا استحقت الواحدة ذلك السهم فاما بدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلاث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء وهذا الاختلاف في الارث اما المهر فالزوج ان كان حيا يؤمر بالبيان جبرا والقول قوله في الثلاث والثنتين ايضا +

لو قيل ما يجب عليه من الحماء والدم وغيره ليس له ان يجتنبه من المحرم لان الظاهر يكذبه والله اعلم

الاولى لان نكاح احد الفريقين صحيح في نفس الامر والزوج هو باشر العقود وان قال لا ادري الاول حجب عنهن الا الواحدة لانه قربالاشتباه فيما لا مساغ فيه للتحري وان مات احد الفريقين والزوج حي فقال هن الاول فرضهن واعطي مهورهن وفرق بينه وبين الاواخر وان كان دخل بهن كلهن ثم قال في صحته او عند موته لاحد الفريقين ذلك فهو الاول ويفرق بينه وبين الآخر ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها والمسمى كما هو الرسم في الدخول في النكاح الفاسد فالدخول بهن لا يؤثر في البيان اذا لم تعلم السابقة في الوطي واما المهر قبل الدخول فللواحدة ما سمي لها بكماله لان نكاحها صحيح بيقين وللثلث مهر ونصف وللثنتين مهر واحد بالاتفاق فهما مرا على اصلهما في اعتبار المنازعة والحال وابو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة في المهر دون الميراث فقال ما فضل من الواحدة هناك بين الفريقين نصفان لا يتفاوتان فيه لانهما قد استويا في الاستحقاق فيكون بينهما فاما هنا فالثنتان لا يدعيان النصف الزائد على المهرين والثلث يدعينه فسلم لهن وفي المهرين استوت منازعتهما فيكون بينهما ونقول اكثر ما لهن ثلثة مهور بان يكون السابق نكاح الثلث واقل ما لهن مهران بان يكون نكاح الثنتين سابقا فوقع الشك في مهر واحد فيتنصف فكان لهن مهران ونصف ثم لا منازعة للثنتين في الزيادة على مهرين فيسلم ذلك مع الثلث وهو نصف مهر يبقى مهران استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف وللثنتين مهر واحد ومحمد يقول ان صح نكاح الثلث فلهن ثلثة مهور وان لم يصح فلا شي لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف اما الثنتان فلهما مهران ان صح والا فلا شي لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد واما حكم العدة فعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر وعلى الفريقين كذلك لان الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث اوجب لهن مهرا وميراثا والعدة مما يحتاط فيها فان كان الزوج دخل بهن ولا يعرف الاول من الاخر فعلى غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعا اعني اربعة اشهر وعشرا يستكمل فيها ثلث حيض المسألة الثانية تزوج امراة وابنتها في ثلث عقود ولا يدري الاولى منهن ومات قبل الوطي والبيان فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح احديهن ليس غير لانه ان تزوج الام اولا لم يصح نكاح بنتيها او البنت فكذلك ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق ثم اختلفوا في كيفية القسمة فقال ابو حنيفة للام النصف من كل من المهر والميراث وقال ابو يوسف ومحمد يقسم بينهن اثلاثا ولو كان تزوج الام في عقدة والبنتين في عقدة كان الكل للام بالاتفاق للمتيقن ببطلان نكاحهما تقدم او تاخر عن الام للجمع بين الاختين في عقد ولو كان تزوج امراة وامها وابنتها او امراة وامها واخت امها كان المهر والميراث بينهن اثلاثا اتفاقا وقيل على الخلاف والصحيح الاول والاصل ان المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق ونكاح كل واحدة يصح في حال ولا يصح في حالين فاستوين في حق الاستحقاق وهو يساعدهما على هذا الاصل لكنه يقول الام لا يزاحمها الا احدى البنتين لانا تيقنا ببطلان النكاح احدى البنتين والابنتان في النصف استويا لانه ليست احديهما بتعيين جهة البطلان اولى من الاخرى المسألة الثالثة لو قال لاجنبية كلما تزوجتك فانت طالق فتزوجها في يوم ثلث مرات ودخل بها في كل مرة فهي امرأته وعليه مهران ونصف مهر ووقع عليه تطليقتان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه لما تزوجها اولا وقع تطليقة ووجب نصف مهر فلما دخل بها وجب مهر كامل لانه وطي عن شبهة في المحل اذ الطلاق غير واقع عند الشافعي ره بناء على ان هذا التعليق عنده لا يصح ووجبت العدة فاذا تزوجها ثانيا وقعت اخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى فان من تزوج معتدته البائن فطلقها قبل الدخول فعند ابي حنيفة وابي يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستانفة خلافا لمحمد في ايجاب نصف المهر وبقية عدتها التي كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهرين ونصف فاذا دخل بها

فصل وإذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدار بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربو او الزنا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف او بالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربو مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت

وهي معتدة عن طلاق رجعي صار مراجعا فلا يجب بالوطي شيء فاذا تزوجها ثانيا لا يصح النكاح لانه تزوجها وهي منكوحة ونكاح المنكوحة لا يصح وعلى قول محمد بالتزوج الاول والطلاق عقيبه يجب نصف وبالدخول بعده مهر كامل وبالتزوج والدخول بعد الطلاق الواقع عقيبه ايضا مهر ونصف وكذا بالتزوج الثالث فكان الواجب على قوله اربعة مهور ونصف مهر وهذا بناء على انه لم يصر مراجعا بالوطي عقيب النكاح الثاني فلم يقع على مدخول بها وعندهما لما كان الدخول في الاول دخولا في الثاني كان الطلاق الثاني عقيب الدخول ولا يخفى عليك ان الدخول الاول لم يكن في نكاح بل ليس الا وطيا بشبهة فاقتضى قولهما على هذا ان الرجعة تثبت بالوطي في عدة وان كان تلك العدة عن غير طلاق بل عن وطي الشبهة اذا كان مسبوقا بطلاق ولو قال كلما تزوجتك فانت طالق باين والمسئلة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهور ونصف مهر في قياس قولهما واربعة مهور ونصف على قول محمد وتخريج ذلك على الاصل المذكور لكل فقول محمد يلزمه اربعة مهور ونصف على الاصل المذكور له آنفا ظاهر واما وجه ما ذكر عندهما فلانه بالنكاح الاول والدخول بعده يجب مهر ونصف وبالنكاح الثاني طلقت بائنا ولها مهر كامل لانه طلاق بعد الدخول على قولهما ومهر آخر بالدخول بعده للشبهة ولم يصر به مراجعا لان الطلاق بائن وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثا ولها مهر وبالدخول بعده مهر آخر فصارت خمسة مهور ونصف ثلثة بالدخول ثلث مرات ونصف بالتزوج الاول ومهران بالتزوجين الاخيرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما

فصل في مهور الكفار لما ذكر مهور المسلمين شرع في ذكر مهور الكفار **قوله** واذا تزوج نصراني المراد اذا تزوج ذمي كتابي او مجوسي على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها او طلقها قبل الدخول او مات عنها فليس لها مهر ولو اسلما او رفع احدهما الآخر الينا او ترافعا وهذا اذا لم ينفوا مهر المثل بالنفي وكذا لو تزوجها على دم لانهم اتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه وهذا لانهم لا يتمولون الميتة حتف انفها بخلاف الموقوذة وكذا في الحربيين هذا مذهب ابي حنيفة وبه قالا في الحربيين اي لو اسلما او ترافعا اما في الذمية فلها عندهما مهر مثلها ان دخل بها او مات احدهما والمتعة ان طلقها قبل الدخول لوقوعه في نكاح لا تسمية فيه وبهذا قال زفر في الحربيين ايضا لان الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما يتناول الكفار بناء على انهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها غير انه يصير عبادة بالنية والكافر ليس من اهلها فيتمحض معاملة في حقه ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين الاحكام وليس لنا عليهم ولاية الالزام للتباين بخلاف اهل الذمة فانهم التزموا في المعاملات وولاية الالزام ثابتة فنعزره اذا زنى ونمنعه عن الزنى ونحكم بفساده والنكاح منها ولذا تجرى عليهم احكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثا ونكاح المحارم وقد يقال من طرف زفر عدم التزامهم وقصور الولاية منا عنهم لا ينفي تحقق الوجوب عليهم بعموم الخطاب حتى اذا ترافعا يقضى عليهما بالمهر حال كونهما حربيين انما اثرهما الوجوب ليظهر عند امكان التزامهم اثره **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله حاصله منع المقدمة القائلة انهم التزموا احكامنا في المعاملات بل ليس المتلزمين بعقد الذمة ما يعتقدون خلافه فيها الا ما شرط عليهم ولذا لا نمنعهم من بيع الخمر والخنزير ونكاح المحارم كذا في بعض كتب الفقه وفي بعضها ما ذكرناه من حرمة المحارم عليهم ولا تنافي فحمل احدهما من يدين بحرمتهن ومحل الآخر من لا يتدين به كالمجوس فلم يلتزموا ولم نؤمر بالزامهم بل بتركهم وما يدينون فصار اهل الذمة اولى من اهل الحرب بذلك لان المانع فيهم المنعة الحسية وامرنا بهدمها والمانع في اهل الذمة المنعة الشرعية وامرنا بتقريرها بخلاف الربو لانه مستثنى من عقودهم قال صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد روى معناه القاسم بن سلام

كان الطلاق عقيب الدخول الثاني

وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رح يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد رح يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رح ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام

يشبعه في كتاب الاموال عن ابي المليح الهذلي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح اهل نجران فكتب لهم كتابا وساقه وفيه ولا تاكلوا الربى فمن اكل منهم الربى فذمتي منهم بريئة وفي مصنف ابن ابي شيبة بسنده الى الشعبي كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى نجران وهم نصارى ان من بايع منكم بالربى فلا ذمة له وهو مرسل وهو حجة عندنا واذ امنعنا من التعرض لهم فيما يدينون قبل الاسلام الا المستثنى فبعد الاسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرط البقاء والذي يقتضيه النظر ان الاستدلال على ان الكفار مخاطبون بالمعاملات ان تم تم المطلوب لزفر رح بناء ان الامر بترك التعرض لهم لذمتهم لا يقتضي سوى ان لا نتعرض لهم ما لم يرضوا بحكمنا ويسلموا وذلك لا يمنع من قيام لزوم المهر شرعا في ذمتهم وحالة الاسلام وان كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطا فيها ولا حكما لا يمنع القضاء بالتقرر في الذمة اول الوجود لما ارتفع منع الشرع من التعرض لهم

قوله وقد قيل ان في الميتة والسكوت عن المهر روايتان بخلاف نفيه صريحا ففي ظاهر الرواية لها مهر المثل وذكر الكرخي انه لا فرق بين قياس قول ابي حنيفة رح بين السكوت والنفي ووجهه على ما في المبسوط ان تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض فيه الا بالشرط ووجه الظاهر ان النكاح معاوضة فما لم ينص على نفي العوض يكون مستحقا لها والميتة كالسكوت لانها ليست مالا عندهم فذكرها لغو وصحح المصنف ان الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر قوله فان تزوج ذمي ذمية على خمر او خنزير باعيانهما ثم اسلما او اسلم احدهما قبل قبض الصداق المذكور فليس لها الا الخمر والخنزير وان كان بغير اعيانهما واسلما قبله فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا التفصيل مذهب ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لها مهر المثل في الوجهين وهو قول الائمة الثلاثة وقال محمد لها القيمة في الوجهين وهو قول ابي يوسف رح الاول ولما اشترك قولاهما في عدم ايجاب عين الخمر والخنزير اذا كانا باعيانهما جمع بينهما في دليله فقال وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض المعين ولهذا لو هلك قبل القبض او تعيب فاحشا فهلك من مال الزوج حتى يلزمه مثله ان كان مثليا والا فقيمته وبعد القبض يهلك من مال المراة ويتنصف قبل القبض بالطلاق قبل الدخول وبعد القبض اذا طلقها قبل الدخول لا يتنصف الا بقضاء او تراض على ما اسلفناه في باب المهر في عتق الجارية المهر وكذا الزوائد تتنصف قبل القبض لا بعده على ما قدمنا فيكون له شبه بالعقد لثبوت اثر كل منهما في الملك فيمتنع القبض بالاسلام كما يمتنع العقد اي كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد لكن شبهة العقد بحقيقته في المحرمات وليس يريد كما يمتنع العقد بالاسلام فان العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فامتنع فاختلفا فقال ابو يوسف رح لو كانا مسلمين وقت العقد فعقدا على الخمر والخنزير يجب مهر المثل وكذا اذا كانا مسلمين وقت القبض ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ثم امتنع التسليم بالاسلام فتجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض تجب القيمة لامتناع اعطاء مثل الخمر قوله ولابي حنيفة رح ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه قبل القبض ببدل وبغير بدل فقبضه ليس موجبا للملك ولا للملك التصرف فيه فليس مؤكدا بل ناقلا لجر الضمان من الزوج الى المراة في الهلاك وذلك اي انتقال الضمان لا يمتنع بالاسلام لان موجبه صورة اليد وصورتها لا تمتنع بالاسلام كالمسلم اذا تخمر عصيره والذمي اذا اغتصب منه الخمر والخنزير ثم اسلم له ان يستردهما من الغاصب فكذا فيما نحن فيه فيقبض الخمر فتخليله او يريقه والخنزير فيسيبه فان كان مرادكم من كون القبض مؤكدا غير هذا منعنا كونه مؤكدا وان كان المراد هذا سلمنا كونه مؤكدا ومنعنا منافاة الاسلام اياه وفي الاسرار ولان سلمنا ان القبض مؤكد للملك فلا نسلم ان الاسلام يمنع ما كد الملك بدليل ان من باع عبدا بخمر وقبض الخمر فان الملك فيه واه بجواز ان يهلك

بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كأخذ عينه ولا كذلك الخمر لانها من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما

البائع عنده وقبل التسليم اليه وبالتسليم اليه يتقرر الملك وهذا التسليم لا يمتنع بالاسلام وان كان فيه تأكيد الملك في الخمر ولو اشترى خمرا وقبضها او بها عيب ثم اسلم سقط خيار الرد وان كان في سقوطه تأكد ملك الخمر فعلم ان الاسلام لا يمنع تأكد الملك **قوله** بخلاف المشتري متصل بقوله يتم بنفس العقد ولهذا ملك التصرف فيه بالبيع وغيره بخلاف المشتري لا يتم بنفس العقد ولا يملك التصرف فيه فالقبض فيه هو المفيد لملك التصرف والاسلام مانع منه فانه لو باع الذمي الخمر والخنزير او اشتراهما ثم اسلم ينفسخ البيع لامتناع افادة ملك فيهما مع الاسلام وخص التصرف في المهر قبل القبض من النهي عن بيع ما لم يقبض بالاجماع ونقل بعض الفضلاء ان قوله في النهاية ولان ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فبقبض المشتري ناقل الضمان والملك وضمان المهر في يد الزوج ليس بضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ينافي قول النهاية وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وهو غلط وانما معناه ان بالهلاك في يد البائع يعود الى ملكه فاذا هلك على ملكه لا يضمن لاحد شيئا بل يسقط الثمن وهذا معنى قولهم يهلك المبيع في يد البائع بالثمن واما هلاك المهر في يد الزوج فليس هلاك ملكه بل هلاك ملكها في يده فيضمنه بالقيمة كهلاك المغصوب وبهذا صرح في النهاية بعد قوله يهلك على ملكها بان قال ولهذا وجب لها القيمة **قوله** ولو طلقها قبل الدخول بها ففي المعين لها النصف عند ابي حنيفة رح وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير المتعة وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لانه اوجب القيمة فيتنصف وعند ابي يوسف رح وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف

باب نكاح الرقيق الرقيق العبد ويقال للعبيد لما فرغ من نكاح الاحرار المسلمين شرع في بيان نكاح الارقاء والاسلام فيهم غالب فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم اولاه نكاح الارقاء ثم اولاه نكاح اهل الشرك واما ما تقدم من فصل النصراني فانما هو في المهر من توابع مهور المسلمين والمهر من توابع النكاح فاردفه تتمة له **قوله** لا يجوز نكاح العبد الا باذن سيده اي لا ينفذ فانه ينعقد موقوفا عندنا وعند مالك في رواية عن احمد والنسبة الى مالك في الكتاب ليس مذهبه وحاصل تقرير وجهه المذكور ملازمة بين الملكين شرعا فقد تبين بان من ملك رفع شيء ملك وضعه ويمنع بملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك اثباته شرعا على نفسه وكذا ملك التطبيب ولم يملك اكل السم وادخال المؤذي على البدن والاوجه بيانها بانه ملك الطلاق لانه من خواص الادمية فكذا النكاح ويجاب بما سنذكر والحديث الذي ذكره هو قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود والترمذي من حديث جابر وقال حديث حسن والعاهر الزاني وفي السنن ايضا عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا نكح العبد بغير اذن مولاه فنكاحه باطل ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اما في العبد فتشتغل الذمة بالمهر والنفقة واما في الامة فلحرمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح وهذا تصرف في ماله بالافساد فلا ينفذ الا برضاه وبهذا يجاب عن المنسوب الى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح فالطلاق ازالة عيب عن نفسه بخلاف النكاح لا يقال يصح الاقرار من العبد على نفسه بالحد والقصاص مع ان فيه اهلاكه فضلا عن تعييبه لانا نقول هو لا يدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع امرا ونهيا كالصلوة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيره الا فيما علم اسقاط الشارع اياه عنه كالجمعة والحج ثم هذه الاحكام تجب جزاء على ارتكاب المحظور شرعا فقد اخرجه عن ملكه في ذلك الذي دخله فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجرا عن الفساد واعاظم العيوب وكذا المكاتب ليس له ان يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة انما اوجبت فك الحجر في التصرف الاكتسابي فيبقى فيما سواه على حكم الرق ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب اذ به يحصل المهر والنفقة للمولى والولد للعبد ولكونه من باب الاكتساب ملك الاب والجد والقاضي والوصي والشريك المفاوض تزويج الامة لا العبد لانه تنقيص للمالية والزام

ولذلك للمكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذه اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده

تبرعا كما عنا والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الامة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله يملكون وانما لم يجز تزويج المكاتبة نفسها لما ذكره **قوله** وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بغير اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا من بقاء ذات المكاتب على الرق والاكتساب الذي اوجب الكتابة اطلاقه له ما لا يوجب خللا في ذات المملوكة والاكتساب بالنكاح انما يكون بتمليك جزء منها لغير السيد او بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء من العين كالارش ولان هذه المنفعة لا يزول ملكها بعد صحته الا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وافضائها الى زوال ملك الرقبة بجواز التعجيز والرد الى الرق فترد مملوكة البضع للغير ممتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد **قوله** وكذا المدبر والمدبرة يعني لا ينفذ نكاحهما الا باذن المولى وكذا ابن ام الولد يعني لو زوج ام ولد فجاءت بولد من الزوج فان حكمه حكم امه فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه واما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب وعندهما يجوز لانه حر مديون وهذا فرع مهم للتجار ربما يدفع لعبده جارية ليتسرى بها ولا يجوز للعبدان يتسرى اصلا اذن له مولاه او لم ياذن لان حل الوطء لا يثبت شرعا الا بملك اليمين او عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطئه في عقد النكاح **قوله** واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه بخلاف ما اذا تزوج بغير اذنه فدخل بها ثم فرق بينهما فانه لا مهر عليه حتى يعتق لانه لم يظهر في حق المولى لعدم الاذن فيه **وقوله** يباع فيه اي ان لم يفده المولى وتقريره انه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه اما وجوبه فللمقتضي وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى للاذن واما كونه في رقبته فلاذن السيد ولدفع المضرة عن ارباب الديون يعني النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة والحاصل ان الدين انما يثبت في الذمة وثبوته فيها لا يتوقف على اذنه فانه لو باشر اتلافا ونحوه ترتب في ذمته فحين اذن ظهر الدين في حقه ثم العبد نفسه مال فكان لهم ان يقبضوا من نفسه فعلى هذا يكون الاذن رفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد غير انه ان فداه المولى حصل المقصود والمقتضي لذلك دفع المضرة عن ارباب الديون واذا بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانيا ويطالب بالباقي بعد العتق وفي دين النفقة يباع مرة بعد اخرى لانها تجب شيئا فشيئا واذا مات العبد سقط المهر والنفقة ذكره التمرتاشي واذا زوج عبده من امته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد ومنهم من قال يجب ثم يسقط لان وجوبه لحق الشرع والاولون يقولون لا فائدة في هذا الوجوب لانه لو وجب لوجب في ماليته وهي للمولى **قوله** فالمدبر والمكاتب يسعيان اذا زوجهما المولى فزوجا ثم لتتبع الاداء عنهما يسعيان لانهما لا يحتملان النقل عن ملك الى ملك وكذا معتق البعض وابن ام الولد فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما الا ان عجز المكاتب فرد في الرق فانه يباع في المهر **قوله** فقال له طلقها او فارقها فليس ذلك باجازة تزويج العبد نفسه بلا اذن عقد فضولي في الجملة فيتوقف نفاذه على اذن المولى واذنه يثبت تارة صريحا وطورا دلالة فالصريح مثل ان يقول رضيت او اجزت او اذنت والدلالة ان يسوق اليها المهر او بعضه وسكوته لا يكون اجازة وثم الفاظ اختلف فيها والفاظ لم يختلف في عدم اعتبارها فمثل قوله هذا حسن او صواب او نعم ما صنعت او بارك الله لك فيها او احسنت لي واصبت او لا باس بها اختلف فيه قال الفقيه ابو القاسم ليس بشيء منها اجازة واختيار الفقيه ابي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد انه اجازة ما لم يعلم انه قال استهزاء انه اعرف لمسألة الكتاب وهو ما اذا قال طلقها لا شك ان مقتضى حقيقة اللفظ فيها الاجازة لان الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح الصحيح لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر الى حال العبد وذلك ان افتيات العبد على سيده وتمرده بمباشرته سبب تعنيفه عليه يستوجب به زجره وبه فارق الفضولي المحض فانه معين والاعانة تنتقض بها الامضاء لتصرفه وعدم الغاية ولذا لو قال للفضولي طلقها كان اجازة على ما هو الاوجه

تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطى

ولذا قلنا اول المسئلة في العبد انه فضولي في الجملة واذا كان حال العبد ذلك فاذا كان لفظ السيد له عند علمه بما صنع يحتمل الرد والاجازة لاستعمال فيهما كان بملاحظة حال العبد ظاهرا في قصد الرد ما لم يعلم قصد الاجازة بظاهر تقترن به او نص آخر مثل ان يقول طلقها تطليقة تملك الرجعة او اوقع عليها الطلاق لان الايقاع والطلاق الذي تملك الرجعة بعده لا يقالان للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته بخلاف طلقها فانه قد يقال لمتاركة العقد الفاسد طلاقا مجازا فصلحت هذه المسئلة متمسكا لابي القاسم ومن قال بقوله والجواب ان لفظ الطلاق المجرد استعمل كثيرا في المتاركة العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الاجازة والرد بخلاف ما تقدم من نحو احسنت الخ فانه لم يستعمل للامرين على السواء بل الظاهر منه الاجازة وحمله على الرد لا يتحقق الا بواسطة جعله استهزاء وهو وان كان النظر الى حال العبد لا ينافيه لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لان حقيقته فعل الجاهلين ولذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم اتتخذنا هزوا قال اعوذ بالله ان اكون من الجاهلين فتعارض الظاهران وبقى نفس اللفظ بمفهوم يفيد الاجازة بلا معارض بخلاف مسئلة الكتاب فان نفس اللفظ يقال للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب بصحة النكاح ولذا لم يستعمل المقيد اعني قوله طلقها تطليقة تملك الرجعة او اوقع عليها في المتاركة جعل اجازة فوجب ترجيح قول الفقيه ومن معه ما لم يعلم قصد الاستهزاء لكن المصير لما لم يوجبه الا ان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح افاد انه يثبت اقتضاء فيورد عليه طلب الفرق بينه وبين ما لو قال لعبده كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا لا يعتق مع ان كلا منهما لا يكون الا للعبد الحرية واجيب بان اثباتا الشرائط التي هي اصول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والاهلية للمتعلق بالرق وليس ما نحن فيه كذلك لان النكاح ثابت للعبد بطريق الاصالة لثبوته تبعا للآدمية والعقل وانما توقف لاستلزامه تعييب مال الغير بقوله طلقها رجعيا يتضمن رفع المانع اقتضاء لاثبات ملك النكاح بطريق الاصالة والحرية شرط العتق وقوله اعتق عبدك عني بالف يثبت به تحويل المملوكية اليه لا اصلها في العبد ومملوكيته في العبد امر زائد على مملوكيته وعلى تقريرنا لا يحتاج الى تكلف هذا السؤال وجوابه ولو اذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون اجازة فان اجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولي اذا وكل فاجاز ما صنعه قبل الوكالة وكالعبد اذا زوجه فضولي فاذن له مولاه في التزوج فاجاز ما صنعه الفضولي ولو باع السيد العبد بعد ان باشر بلا اذن فللمشتري الاجازة وقال زفر يبطل وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على اجازة الوارث اما ان كانت امة فتزوجت بلا اذن ثم مات المولى فورثها من يحل له وطيها بطل لطريان الحل النافذ على الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطيها كان ورثها جماعة او امرأة او ابن المولى وقد كان الاب وطيها توقف على اجازة الوارث وعلى هذا قالوا في امة تزوجت بغير اذن مولاها فوطيها الزوج فباعها المولى فللمشتري الاجازة لانه لا يحل له وطيها لان وطى الزوج يحرمها لانها صارت معتدة فاذا حاضت بطل العقد فيحل للمشتري ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء لطريان الحل الثابت على الموقوف وقال زفر يبطل بالموت وبالبيع واصله لان الموقوف على اجازة انسان تحتمل الاجازة من غيره وعنده لا لانه انما كان موقوفا على الاول فلا يفيد من الثاني قلنا انما توقف على الاول لان الملك له لا لانه هو والثاني مثله في ذلك فالحاصل انه دائر مع الملك فينتقل بانتقاله قوله تزوج هذه الامة التقييد بالامة والاشارة اتفاقي فان الحكم المذكور جار في الحرة وغير المعينة قوله واصله اي الخلاف الاختلاف في ان الاذن للعبد بالنكاح ينتظم الصحيح والفاسد عنده وعندهما يخص الصحيح والاتفاق على ان الاذن بالبيع يعم الصحيح والفاسد وعلى ان التوكيل بالنكاح يختص بالصحيح فالحقاه بالتوكيل بالنكاح لان حكمه الاصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الاعفاف وغيره وذلك بالصحيح وكذا لو حلف لا يتزوج

ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مديونا ماذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوية ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح

ينصرف الى الجائز فلا يحنث بالفاسد لان المراد في المستقبل الحلف على الاعفاف وذلك بالصحيح بخلاف ما لو حلف ما تزوجت حيث يحنث بالفاسد لان المراد في الماضي النقد والحقه بالبيع بجامع ان بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقة وذلك يكفي لتصحيح التعميم واجراء اللفظ على اطلاقه فينبغي على هذا الخلاف في المهر في الفاسد اذا دخل بها فيه عنده وعندهما لا وانه لا يجوز له ان يتزوج اخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الاذن بالفاسد وعندهما له ذلك لان الاذن لم ينته بذلك **قوله** ومسئلة اليمين على هذه الطريقة اي طريقة اجراء اللفظ على عمومه ممنوعة والطريقة الاخرى ان العبد في النكاح مبقى على الحرية لانه من خواص الآدمية وانما الحاجة الى اذن السيد ليثبت المهر في رقبته ليس غير فكانه قال له اذا قال تزوج اشغل رقبتك بالمهر وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره وليست هذه الطريقة صحيحة لما سنذكره من ملك السيد انكاحه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لانه قد يعجز عن الامساك بالمعروف لتباين الاخلاق وغير ذلك فالمعول عليه طريق الاطلاق ويجاب عن مسئلة اليمين بان الايمان مبنية على العرف والعرف فيه الحلف على التزوج الذي هو طريق الاعفاف والتحصين وهو الصحيح لا الاعفاف بالفعل فيبطل ما يقال الاعفاف باطني لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليظهر كون الحالف عليه والله اعلم **فروع** الاول تزوج العبد بلا اذن فطلقها ثلاثا ثم اذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند ابي حنيفة ومحمد ومع الكراهة عند ابي يوسف رحمه الله الثاني زوج بنته من مكاتبه ثم مات الاب لا يفسد النكاح عندنا الا ان عجز ورد في الرق وعند الشافعي رحمه الله يفسد لانه ملك زوجها شيئا منه ولذا يصح اعتاقه اياه وبدل الكتابة لها قلنا لم يملكه لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ما لم يعجز وعند ذلك قلنا بفساد النكاح وانما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة واما العتق فيه فلانه يبرأ عن بدل الكتابة او لانهم يعتق الثالث اذا غر عبد بحرية امة فتزوجها على انها حرة فولدت فالولد عبد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وعند محمد حر بالقيمة كالمغرور الحر **قوله** ومن زوج عبدا ماذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة الغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل او اقل فلو زوجها منها باكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض وهذا لوجود المقتضي وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع وما يخال من انه ابطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لان النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت الملك ثم يثبت المهر حكما له السبب لا مرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الاهل في المحل ثم تلزمه بطلان حقهم في مقداره اذا كان مهر مثلها او اقل الخصوص امر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال الا في نفس الامر فكان ضمنيا فلا يعتبر في اثباته ونفيه الا حال المتضمن له لا حاله وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة صح وكانت اسوة غرماء الصحة لما ذكرنا **قوله** ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها وكذا اذا زوج ام ولده ومدبرته وان شرط الزوج التبوية لانه شرط لا يقتضيه العقد على الامة غير ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ومعنى التبوية ان يدفعها للزوج ولا يستخدمها فلو كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوية وعند الشافعي رحمه الله واحمد رحمه الله يستخدمها نهارا ويسلمها للزوج ليلا وعند مالك رحمه الله يسلمها ليلة بعد ثلث قلنا ملك السيد ثابت في الرقبة ليلا ونهارا وفيما بعد الثلث والتبوية ابطال له فيكون ابطال الحق الاعلى بالادنى واقدام السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوية بل بمجرد اطلاق وطيه اياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه وهذا القدر ثابت فاثبات القسم كذلك اثبات بلا دليل لا يقال لما ملك منافع بضعها لزمه تسليمها الا انا نقول التسليم بالتخلية والتبوية امر زائد عليها والنفقة على المولى ما لم يبوئها واذا بوأها ثم بدا له ان يردها الى خدمته كان له ذلك وكلما بوأها وجبت نفقتها على الزوج وكلما اعادها سقطت فان قلت ما الفرق بين ان يشترط الزوج التبوية فيزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوية وبين ان يشترط الحر المتزوج بامة رجل حرية اولاده حيث يلزم في هذه وتثبت حرية ما يأتي من

قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رح لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان النكاح من خصائص الآدمية والعبدُ داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما

من اولاده وهذا ايضا شرط لا يقتضيه نكاح الامة فالجواب ان قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة وتعليق ذلك صحيح وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبرا من غير اختيار بخلاف اشتراط الثبوتية فانه بتعليقها لا يقع شيء عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فاذا امتنع لم توجد فالحاصل ان المعلق هنا وعد يجب الايفاء به غير انه لم يف به لا يثبت متعلقه اعني نفس الموعود به ولو طلقها بائنا وهي مبوأة تجب لها نفقة العدة ولو لم تكن مبوأة من الابتداء او طلقها بعد رجوع السيد الى استخدامها لا تجب والمكاتبة كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة اذا لم تحبس نفسها ظلما

فرع ولو جاءت الامة بولد فنفقته على مولى الامة لانه ملكه لا على الاب **قوله** قال اي صاحب الهداية ذكر اي محمد تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما اي لم يشترطه وهذا يرجع الى مذهبنا الان المذهب ان للمولى اجبارهما اي ان يعقد لهما فينفذ عليهما علما ورضيا او لا كاجبار الولي الصغيرة على ما سلف وعند الشافعي رح لا اجبار في العبد بل في الامة وهو رواية ذكرناها عن ابي حنيفة رح صاحب الايضاح والطحاوي عن ابي يوسف رح وجعلها الوبري رواية شاذة للشافعي وجهان احدهما انما يتناوله النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فانتفى كالاجنبي وكتزويجه مكاتبته ومكاتبه بخلاف امته يملك ما يتناوله فيملك تمليكه ثانيهما انه لا يفيد اذ للعبد التطليق في الحال فلا يحصل المقصود ونحن نقول مناط نفاذ انكاحه عليه ملكه له المقتضي لتمكنه من اصلاحه ودفع اسباب الهلاك والنقصان عنه وفي تزويجه ذلك لانه طريق تحصينه عن الزنى الذي هو طريق الهلاك او النقصان به او في ماليته لتعيبه فاما جعل مناطه ملك ما يتناوله النكاح وانها علة مساوية فينتفي بانتفائها الحكم فباطل لانها منتقضة طردا في الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تمليكه وعكسا بالولي لا يملكه من موليته ويملك تزويجها واما نفي الفائدة فظاهر الانتفاء بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين احدهما ان عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو اليه فالظاهر عدم طلب قطعه والثاني ان حشمة السيد في قلب عبده مانعة من اجترائه عليه بالمبادرة الى نقض ما فعله فكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها واما الحاقه بالمكاتب والمكاتبة فمع الفارق لانهما التحقا بالاحرار في التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما الا برضاهما وعن هذا استطرفت مسئلة نقلت من المحيط هي ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها لحقت بالبالغة فيما ينبني على الكتابة ثم انها لو لم تردحتى ادت فعتقت بقي النكاح موقوفا الى اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة فاعتبر التوقف على اجازتها في حال قيام الكتابة لا بعد العتق هكذا اورده الشارحون والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على اجازتها بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من انه اذا تزوج العبد بغير اذن سيده فاعتقه نفذ لانه لو توقف فاما على اجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته وانا على العبد فلا وجه له لانه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولانه كان نافذا من جهته وانما توقف على السيد فكذا السيد هنا فانه ولي مجبر وانما التوقف على اذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد فهذا هو الوجه وكثيرا ما يقلد الساهون الساهين وهذا بخلاف الصبي اذا زوج نفسه بغير اذن وليه فانه موقوف على اجازة وليه فلو بلغ قبل ان يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لان العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهة اذ لا نفاذ حالة الصبي وعدم اهلية الراي بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة والحاصل ان الصغير والصغيرة ليسا من اهل العبارة بخلاف البالغ وسياتي زيادة في ذلك واما الاستدلال بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقدرة الابطال لما امضاه سيده شيء

قال ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله

فيلزق سقفها فضعيف لان المراد والله اعلم على شئ من المال ليساقه في مقابلة ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون دل للقطع بانه يملك الطلاق وهو شئ ليس بمال **قوله** ومن زوج امته ثم قتلها الخ السيد في تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل المكاتبة وفي تزويج امته هو المستحق لها فلو قتلها قبل الدخول سقط عند ابي حنيفة رح عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده عليه وقالا لا يسقط والاتفاق على عدم سقوطه بقتلها اياها بعد الدخول وبقتل اجنبي وقتل المولى زوجها وموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله ولو ماتت حتف انفها لم يسقط بل يتقرر بالموت اذ به ينتهي العقد وبانتهاء العقد يتقرر البدل فلا يسقط بقتله اياها بعد لزومه وكقتل الاجنبي اياها ولابي حنيفة رح انه منع المبدل قبل التسليم والتسليم فيجازى بمنع البدل اذا كان من اهل المجازات كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول او قبلت ابن الزوج والقتل وان كان موتا لكنه جعل في احكام الدنيا اتلافا حتى وجب به القصاص والدية والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وان كان قد احلها له وقد ثبتت احكامها كذلك في حق المولى حتى لزمته الكفارة في الخطاء وانما سقطت الدية والقود للاستحالة ولهذا لو كانت الامة رهنا عند انسان فقتلها سيدها الراهن ضمن قيمتها الدولو لم يكن من اهل المجازاة بان كان صبيا زوج امته او وصيه مثلا قالوا يجب ان لا يسقط في قول ابي حنيفة رح بخلاف الحرة الصغيرة اذا ارتدت يسقط مهرها لان الصغيرة العاقلة من اهل المجازاة على الردة بخلاف غيرها من الافعال لانها لم تحظر والردة محظورة عليها اما الامة فلا رواية في ردتها واختلف المشائخ قيل لا يسقط لان المنع هو المستحق لم يكن من له الحق وهو المولى وقيل يسقط لان المهر يجب اولا لها ثم ينتقل الى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف اليه وحاصل الخلاف الاختلاف في وجود سبب السقوط فعنده وجد وعندهما لم يتحقق فبقي وجوبه السابق على حاله **قوله** وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها فلها مهر مثلها يستحقه ورثتها خلافا لزفر رح ولم يحك خلاف زفر رح في المبسوط بل خلاف الشافعي وهو قوله وله قول آخر بالسقوط وانما قيد بالحرة لان في قتل الامة نفسها روايتين عن ابي حنيفة رح في رواية لا يسقط كالحرة بل اولى لان المهر لمولاها لا لها وهو لم يباشر منع المبدل وهو قولهما وقول مالك وقول الشافعي رح في رواية يسقط وهو مذهب الشافعي رح لان فعل المملوك يضاف الى مالكه في موجبه ولذا لو قتلت غيرها كان المخاطب بدفعها او فدائها المولى فكان في الحكم كقتل المولى لها والاوجه ما ذكر في وجه قول من قال من المشائخ في ردتها بالسقوط وهو ان المهر يجب اولا لها ثم ينتقل الى المولى وفائدة الاولوية ما ذكرناه اذا كان عليها دين قضي ولم يعط للمولى الا الفضل لزفر القياس على ردتها الاتفاقية وقتل المولى امته على قول ابي حنيفة رح والجامع بين المقيس وهو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها ما بيناه من منع المبدل قبل التسليم ولنا ان جناية المرء على نفسه هدر في احكام الدنيا انما يواخذ به في الآخرة ولذا قال ابو حنيفة رح ومحمد في قاتل نفسه يغسل ويصلى عليه لم يعتبره باغيا على نفسه بخلاف ردتها فانها معتبرة في احكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت والفسخ نكاحها فسقط بها المهر بخلاف قتل المولى امته لانه اعتبر في احكام الدنيا حتى وجبت عليه الكفارة ولو سلم فقتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حق غيرها اما الامة فمهرها ملك المولى فكان فعله ابطالا لحق نفسه وهو مالكه كمن قال لغيره اقتل عبدي فقتله لا يجب عليه قيمته ولو قال الحر اقتلني فقتله كان على القاتل الدية لانه في الاول يجني على نفسه في الثاني مبطلا لحق الورثة واستشكل بالحرة يقتلها وارثها لا يسقط المهر اجيب بانه صار محروما بالقتل فلم يكن بالقتل مبطلا حق نفسه في المهر **قوله** واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رح العزل جائز عند عامة العلماء وكرهه قوم من الصحابة وغيرهم لما في مسلم من حديث عائشة رضي عن جذامة بنت وهب اخت عكاشة قالت حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في اناس فسالوه عن العزل قال ذلك الوأد

وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن اليها لان الوطي حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيصه
حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية
ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة

الحنفي وكذا ذكر شعبة عن عاصم عن زر عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال هي الموؤدة الصغرى وصح عن ابي امامة انه سئل عنه فقال ما كنت ارى مسلما يفعله وقال نافع عن ابن عمر رضي الله عنه ضرب عمر على العزل بعض بنيه وعن عمر وعثمان رضي الله عنهما انهما كانا ينهيان عن العزل والصحيح الجواز ففي الصحيحين عن جابر كنا نعزل والقرآن ينزل وفي مسلم كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا وفي السنن عن ابي سعيد الخدري ان رجلا قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لي جارية فانا اعزل عنها وانا اكره ان تحمل وانا اريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث ان العزل الموؤدة الصغرى قال كذبت يهود لو اراد الله ان يخلقه ما استطعت ان تصرفه وفي صحيح مسلم عن جابر قال سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان عندي جارية وانا اعزل عنها فقال صلى الله عليه وسلم ان ذلك لا يمنع شيئا اراده الله تعالى فجاء الرجل فقال يا رسول الله ان الجارية التي كنت ذكرتها لك قد حملت فقال صلى الله عليه وسلم انا عبد الله ورسوله فهذه الاحاديث ظاهرة في جواز العزل وقد روي عن عشرة من الصحابة علي وسعد بن ابي وقاص وزيد بن ثابت وابي ايوب وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الارت وابي سعيد الخدري وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وروي ايضا عن ابن عباس رضي الله عنه وحديث السنن يدفع حديث جذامة وهو وان كان في السنن فهو حديث صحيح وان وقع فيه اختلاف عن يحيى بن ابي كثير فقيل فيه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر وقيل فيه عن ابي مطيع بن رفاعة وقيل عن رفاعة وقيل عن ابي سلمة عن ابي هريرة رضي الله عنه فان الطرق كلها صحيحة وجاز ان يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل بهذه الطرق لكن يبقى نهاد اذا تعارضا يجب ترجيح حديث جذامة لانه يخرج عن الاصل اعني الاباحة الاصلية الا ان كثرة الاحاديث تدل على اشتهار خلافه وقد اتفق عمر وعلي رضي الله عنهما على انها لا تكون موؤدة حتى تمر عليها التارات السبع اسند ابو يعلى وغيره عن عبيد بن رفاعة عن ابيه قال جلس الى عمر علي والزبير وسعد في نفر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فتذاكروا العزل فقالوا لا بأس به فقال رجل منهم انهم يزعمون انها الموؤدة الصغرى فقال علي لا تكون موؤدة حتى تمر عليها التارات السبع حتى تكون سلالة من طين ثم تكون نطفة ثم تكون علقة ثم تكون مضغة ثم تكون عظاما ثم تكون لحما ثم تكون خلقا آخر فقال عمر رضي الله عنه صدقت اطال الله بقاك وفيه خلاف ما عن علي وعمر رضي الله عنهما من المنع المتقدم ثم في بعض اجوبة المشايخ الكراهة وفي بعضها عدمه ثم على الجواز في امته لا يفتقر الى اذنها وفي زوجته الحرة يفتقر الى رضاها وفي منكوحته الامة يفتقر الى الاذن والخلاف في انه للسيد او لها وهي هذه المسئلة وفي الفتاوى ان خاف من الولد السوء في الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الاعذار مسقطا لاذنها ثم في بعض نسخ الهداية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو الموافق لما ذكر صدر الشهيد والعتابي وفي بعضها وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهي النسخة الصحيحة لانه لم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية بل ذكر الجواب في الجامع الصغير انه لمولاها من غير حكاية خلاف وبقرينة قوله في وجه قول ابي حنيفة رحمه الله وجه ظاهر الرواية وجه المروي عنهما ان الوطي حقها حتى ان لها المطالبة به وفي العزل تنقيصه فيشترط رضاها به كالحرة وجه الظاهر ان حقها في نفس الوطي قد تأدى بالجماع فان قضاء الشهوة به واما سفح الماء فانما فائدته الولد والحق فيه لمولاها لانه عبده ومستفاده فيشترط اذنه ثم اذا عزل باذن وبغير اذن ثم ظهر بها حبل هل يحل نفيه قالوا ان لم يعد اليها او عاد ولكن بال قبل العود حل نفيه وان لم يبل لا يحل كذا روي عن علي رضي الله عنه لان بقية المني في ذكره يسقط فيها ولذا قال ابو حنيفة رحمه الله فيما اذا اغتسل من الجنابة قبل البول ثم بال فخرج المني وجب عليه اعادة الغسل وفي فتاوى قاضيخان رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل ويعزل عنها المولى فجاءت بولد واكبر ظنه انه ليس منه كان في سعة من نفيه وان كانت محصنة لا يسعه نفيه لانه ربما يعزل فيقع الماء في الفرج الخارج ثم يدخل فلا يعتمد على العزل ولو كان الزوج عنينا قالوا الخصومة للمولى او لها على الخلاف وهل يباح الاسقاط بعد الحبل يباح ما لم يتخلق.

وان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني

موضوع فالواو لا يكون ذلك الا بعد مائة وعشرين يوما وهذا يقتضي انهم ارادوا بالتخليق نفخ الروح والا فهو غلط لان التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة

قوله واذا تزوجت امة باذن مولاها او زوجها هو برضاها او بغير رضاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا اما اذا زوجت نفسها بغير اذنه ثم اعتقها فسياتي انه ينفذ النكاح بالاعتاق ولا خيار لها والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا فلا خيار لها وهو قول مالك ومنشأ الخلاف الاختلاف في ترجيح احدى الروايتين المتعارضتين في زوج بريرة انه كان حين اعتقت حرا او عبدا وفي ترجيح المعنى المعلل به اما الاول فثبت في الصحيحين من حديث عائشة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبدا رواه القاسم ولم تختلف الروايات عن ابن عباس رض انه كان عبدا وثبت في الصحيحين انه كان حرا حين اعتقت وهكذا هو في السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح والترجيح يقتضي في رواية عائشة رض ترجيح انه كان حرا وذلك ان رواة هذا الحديث عن عائشة رض ثلثة الاسود وعروة والقاسم فاما الاسود فلم يختلف فيه عن عائشة رض انه كان حرا واما عروة فعنه روايتان صحيحتان احديهما انه كان حرا والاخرى انه كان عبدا واما عبد الرحمن بن القاسم فعنه روايتان صحيحتان احديهما انه كان حرا والاخرى الشك ووجه آخر من الترجيح مطلقا لا يختص بالمروي فيه عن عائشة رض وهو ان رواية خيرها صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا يحتمل كون الواو للعطف فيه لا للحال وحاصله انه اخبار بالامرين وكونه اتصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها هذا بعد احتمال ان يراد بالعبد العتيق مجازا باعتبار ما كان وهو شائع في العرف والذي لا مرد له من الترجيح ان رواية كان حرا انص من كان عبدا لما قلنا وتثبت زيادة فهي اولى ايضا فهي مثبتة وتلك نافية لان العلم بانه كان حالته الاصلية الرق والنافي هو المتوقيات والمثبت هو المخرج عنها واما المعنى المعلل به فقد اختلف فيه فالشافعي رح وغيره عينوه عدم الكفاءة وهو ضعيف فان ثبوتها انما يعتبر في الابتداء لا في البقاء الا يرى انه لو اعتبر الزوج في البقاء وانتفى النسب لا يثبت لها الخيار واصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك عليها لانها كانت بحيث تخلص بثنتين فازداد الملك عليها وهذا مبني على الخلاف الى المختلف فان الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء وكانه اعتماد على اثبات الاصل المختلف فيه اولا وانه دفع ضرر باثبات ضرر وهو رفع اصل العقد واجيب بانها لا تتمكن الا به مع انه رضي به حيث تزوج امة مع علمه بانها قد تعتق ثم انه استضعف بان عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيتها ولا ملكه الثالثة يستلزم طولها فقد تطول مملوكيتها مع ملكه ثنتين بان لا يطلقها اصلا الى الموت فلا ضابطة لذلك وتارة بعلة منصوصة وهي ملكها بضعها روى ابو بكر الرازي باسناده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لها حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري وروى ابن سعد في الطبقات اخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن ابي هند عن عامر الشعبي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت اذهبي فقد عتق بضعك معك فاختاري وهذا مرسل وهو حجة واخرج الدارقطني عن عائشة رض انه صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت اذهبي فقد عتق بضعك معك وليس لقوله ذلك فائدة فيما يظهر الا التنبيه على ثبوت اختيار ما انفسها وقد جاء في بعض طرق حديث بريرة انه صلى الله عليه وسلم قال لها ملكت نفسك فاختاري فقد تظافرت هذه الطرق على هذه العلة واذن فالواجب ان تكون هي المعتبرة ويكون ما ذكروه من التعليل بزيادة الملك اظهار حكمة هذه العلة المنصوصة ومقتضاه ثبوت الخيار لها فيما اذا كان زوجها حرا او عبدا وفيما اذا كانت مكاتبة عتقت باداء الكتابة بعدما زوجها سيدها برضاها او غيره وخالف زفر رح في المكاتبة وهي المسئلة التي تلي هذه في الكتاب واستدل بان العقد نفذ برضاها فلا خيار لها ولو صح لزم ان سيد الامة لو زوجها برضاها ان لا خيار لها وليس بصحيح والاوجه في استدلاله ان النص لم يتناولها وهو قوله عم ملكت بضعك فاختاري

اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر رحمه الله لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم عتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها الزوج ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لا يجب مهر آخر بالوطي في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد

لان المكاتبة كانت مالكة لبضعها قبل العتق والواجب بالبضع لان ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة لنفسها وانما كانت مالكة لاكسابها ولقائل ان يقول قوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك ليس معناه الا منافع بضعك اذ لا يمكن ملكها العين وملكها لاكتسابها تبع لملكها لمنافع نفسها واعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص وترجح قول زفر رح في المبسوط لو كانت حرة في اصل العقد ثم صارت امة بان ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا ثم سبيا معا ثم عتقت فلها الخيار عند ابي يوسف رح لانها بالعتق ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها وقال محمد رح لا خيار لها لان باصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقض الملك بعارض الرق فاذا اعتقت عاد الملك الى اصله كما كان فلا يثبت الخيار لها قوله وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح اي نفذ بمجرد العتق ولا فرق بين الامة والعبد في هذا الحكم وانما فرضها في الامة ليترتب عليها المسألة التي تليها تفريعا وعن زفر رح انه يبطل النكاح لان توقفه كان على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن ابقاؤه موقوفا على اجازته بعد بطلان ولايته واذا بطل تنفيذه وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة واذا واسره وصار كما اذا اشتريت ثم اعتقت يبطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم امكان القسمين ولنا ان الامة والعبد من اهل العبارة ولذا صح اقرارهما في الديون ويطالبان بعد العتق اذ اهلية العبارة من خواص الآدمية وهي مبقاة فيهما على اصل الحرية وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال بالعتق وحاصله ان الامة تمنع من جهتها ويجب ان ينفذ من جهة المولى ما دام حقه فاذا زال بقي النفاذ من غير جهة توقف اما البطلان فيما ذكر فليس لما قال بل للزوم تحول حكم العقد الواحد فانه العقد موجب الملك للمولى لو نفذ قبل عتقها كان موجبا الملك لها فاندفع ما قال وعلى التعليل النقض بصور منها لو تزوج بغير اذن سيده ثم اذن لا يجوز ذلك النكاح حتى يجيز ما صنع وما اذا زوج فضولي شخصا ثم وكله توقف على اجازة الفضولي بعد الوكالة واما اذا زوج ولي ابعد مع وجود الاقرب ثم غاب الاقرب او مات فتحولت الولاية الى المزوج توقف على اجازة مستأنفة منه وكذا سيد المكاتبة الصغيرة اذا زوجها بلا اذنها توقف على اجازتها فان لم تجز حتى عتقت لا يجوز ذلك النكاح الا باجازة مستقلة من السيد مع انه المزوج اجيب عن الاول والثاني بان الاذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة الى ما يستقبل من تصرفاتهما فلا يعملان فيما باشراه قبلهما فكان مقتضى هذا ان لا يجوز بالاجازة ايضا الا انا استحسناه وعن الثالث بان الابعد لم يكن وليا عين زوج ومن ليس وليا في شيء لا يتأتى النظر في عواقبه وتحكيم الرأي فيه بل يتوانى اتكالا على رأي الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصلح ظاهرا فيجب توقيفه على اجازته بعد صيرورته وليا ليثبت ظهور كونه اصلح قال في الفوائد الظهيرية بهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع يعني سيد المكاتبة الصغيرة وقد يفرق بان الابعد انما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره فيه لاعتماده على رأي الاقرب اما هنا فلا يتجه اعتماد المولى على رأي الصغيرة فيترك النظر فكان الظاهر النظر منه لظهوره من مجرد الدين والنسبة الخاصة من غير ما يوجب بطلان ظهوره فيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ما قدمناه من النظر ودفعناه من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ قوله ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق وخيار العتق انما شرع في نكاح نافذ قبل العتق لرفع زيادة الملك فلا يتحقق زيادة لذلك واورد ينبغي ان يثبت لها الخيار لان بالاستناد يظهر ان النفاذ قبل العتق والجواب ان الشيء يثبت ثم يستند وحال ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار معه قوله فان كانت تزوجت على الف ومهر مثلها مائة فانه نص على زيادة المسمى على مهر المثل والجواب على التفصيل ان دخل بها قبل العتق فالمهر للسيد لانه استوفى منافع مملوكة له او بعده فلها لانه استوفى منافع لها وكان يتبادر ان في الوطي قبل العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية لكان دخولا في نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لا يحل الوطي فيه فوجبت قيمة البضع المستوفى

باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا ومن وطي امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى بقاء نسله دونها الى بقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطي يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشي يعقبه والمسئلة معروفة

منافعها المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافا لما قيل والزيادة لها لان الزيادة انما تثبت باعتبار صحة التسمية وهذا التوجيه على اعتبار عدمها والثابت بهذا الاعتبار ليس الا مهر المثل وهو كله للسيد ثم اذا اعتقت ووطيت يجب المسمى لها لانه صح بصحة العقد فيجب مهران المسمى ومهر المثل لكن انهدم ذلك كله بسبب استناد النفاذ لان النافذ ليس الا ذلك العقد وحين صح العقد لزم صحة التسمية ويلزمه بطلان لزوم مهر المثل لانه لا يجب معه لا يقال فيجب ان يكون المهر في الوجهين لها لانه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد لانا نقول الاستناد يظهر في القائم لا في الفائت ومنافع البضع فائتة فحين مالت كانت على ملك المولى فكان بدلها له وقد يورد فيقال لو استند الى اصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها حتى اعتقها وهو بمعزل عن صورة المسئلة فانها النفاذ بالعتق وبه يملك منافعها بخلاف النفاذ بالاذن ثم هذا اذا كانت الامة كبيرة فان كانت صغيرة فاعتقها يبطل النكاح عند زفر وعندنا يتوقف على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة سواه فاذا اجاز جاز فاذا بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ الا اذا كان المجيز ابا او جدا وقدمنا في باب الاولياء انه يستغنى بخيار الادراك عن خيار العتق لانه المتخير **قوله** ولهذا اي لاتحاد بالاستناد لم يجب مهر آخر اي مهر المثل بالدخول في نكاح موقوف وقد ذكرناه **قوله** ومن وطي جارية ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب وليس عبدا ولا مكاتبا ولا كافرا ولا مجنونا فان كان الاب واحدا من هؤلاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية ولو افاق المجنون ثم ولدت لاقل من ستة اشهر صح استحسانا لا قياسا ولو كان من اهل الذمة الا ان ملتيهما مختلفة جازت الدعوة من الاب ويشترط ايضا كون الامة في ملك الابن من وقت العلوق الى الدعوة فلو حبلت في غير ملكه او فيه واخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لان الملك انما يثبت بطريق الاستناد الى وقت العلوق فيستدعي قيام ولاية التملك من حين العلوق الى التملك ولا يشترط في صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن ودعوة الجد لاب كالاب ولا تصح دعوة الجد لام اتفاقا ويشترط في دعوة الجد لاب ان يكون حال عدم ولاية الاب لموت وجنون او رق او كفر وان تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اتت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته لما قلنا في الاب **قوله** ووجهه اي وجه هذا المجموع ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى بقاء نفسه لما سنذكره كذا الى صون نسله لان كنفسه اذ هو جزؤه لكن الحاجة الى ابقاء النفس اشد منها الى حفظ النسل فلذا يتملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة ويحل له الطعام عند الحاجة ولا يحل له وطي جارية ابنه عند الحاجة اليه عند الائمة الا ما نقل عن مالك بن انس وابن ابي ليلى ويجبر الابن على الاتفاق عليه دون دفع الجارية اليه للتسري فلحاجة جازلة التملك ولقصورها اوجبنا عليه القيمة مراعاة للحقين وتحصيلا للمقصودين مقصود الاب والابن اذ البدل يقوم مقام المبدل ولا عقر عليه وهو مهر مثلها في الجمال اي ما يرغب فيه في مثلها جمالا لا نفقة اما ما قيل ما يستاجر به مثلها للزنى لو جاز فليس معنا بل العادة انما يعطى لذلك اقل مما يعطى مهرا لان الثاني للبقاء بخلاف الاول والعادة زيادة عليه خلافا لزفر والشافعي فانهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبل الوطي شرطا لصحة الاستيلاد عندنا وعنده قبيل العلوق لان ثبوته ضرورة صيانة الولد وهي مندفعة باثباته كذلك دون اثباته قبل الوطي قلنا لازم كون الفعل زنا ضياع الماء فلو لم يتقدم عليه تثبت لازمه لاستحالة ثبوت الملزوم دون لازمه الشرعي والا فلا لزوم فظهر ان الضرورة لا تندفع الا باثباته قبل الايلاج بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الاب والابن او غيره تجب حصة الشريك الابن او غيره من العقر وقيمة باقيها اذا حبلت لعدم تقديم الملك في كلها لانتفاء موجبه وهو صيانة النسل اذ ما فيها من الملك له يكفي لصحة الاستيلاد واذا صح ثبت الملك في باقيها حكما له لا شرطا ثم مقتضى قول زفر ان لا يجب

قال ولو كان الابن تزوجها اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي لخلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه بالقرابة **قال** واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين

قيمة الولد بالاتفاق وكقولنا لكن في قول يجب ولا حد قاذفه اتفاقا الا ان شبهة الخلاف في ان الملك يثبت قبل الايلاج او بعده يسقط احصانه **قوله** ولو كان الابن زوجها اي زوج امته اباه فولدت منه لا تكون ام ولد للاب ولا قيمة عليه للابن وعليه المهر له والولد حر وهذا لانه صح النكاح خلافا للشافعي رحمه الله لان عنده لا يجوز تزوج الاب جارية الابن ومبنى الخلاف فيه ان الثابت للاب في جارية ابنه حق ملك عنده فيمتنع تزوجه اياها كامته مكاتبته والامة المشتركة وحق التملك عندنا من وجه واستدل عليه بانه اي الابن يملك من التصرفات فيها ما لا يبقى معه ملك الاب ولو قال ما لا يجامعه ملك الاب كان اولى فلا يكون للاب فيها ملك من وجه فهذه التصرفات هي وطيه اياها وانفراده بتزويجها واعتاقها من غير ان يضمن للاب شيئا فهذه لوازم المركب من ملكه وعدم ملك الاب من كل وجه واذا ثبتت هذه الاحكام اجماعا لزم كون المراد بما رواه الامام احمد انت ومالك لابيك اثبات حق التملك لا حق الملك وهو لا يمنع صحة النكاح الا يرى ان الواهب يملك التزوج بالموهوبة وله حق تملكها بالاسترداد واصل الحديث في السنن من رواية عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وان والدي يحتاج الى مالي قال انت ومالك لوالدك ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم واما ما روي فيه عن حديث عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم ولد الرجل من كسبه من اطيب كسبه فكلوا من اموالهم معلقة بمجرد الاكل فان قيل لا نسلم ان حل الوطي دائر مع دليل الملك من كل وجه لثبوت ذلك في ام الولد والمدبرة مع عدمه بدليل عدم اجزائهما عن الكفارة قلنا بل هما مملوكتان من كل وجه وعدم الاجزاء لانعقاد سبب الحرية فيهما فكان نقصانا في رقهما لا في ملك السيد واعلم ان المجاز لابد منه في تركيب لانه اضاف المال للابن بقوله ومالك وهو يفيد الملك لانه حقيقة الاضافة في مثله ثم اضافه مع الابن للاب باللام المفيد للملك في مثله والعطف عطف مفرد ولا يمكن حقيقة الملك في الابن فلزم في المال ايضا فنفي حقيقة الملك الا ان كانت اللام للمعنيين مختلفين في اطلاق واحد فتعين المعنى المجازي وهو حق او حق التملك فقد يقال حق الملك اقرب الى الحقيقة والمجاز الاقرب اليها اولى لكن الاحكام التي ذكرناها تمنع حق الملك لانه ملك من وجه وهي تمنعه واذا لم يكن فيها حق الملك جاز النكاح وبه يصير ماؤه مصونا فلا يصير به ام ولد للاب ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لا يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه وما عن زفر انها تكون ام ولد له لانها لما كانت ام ولد له بالفجور للاب ولا قيمة عليه فيها فاولى بالحمل بعد صدوره عنه فان امومية الولد فرع لملك الامة وملكها ينافي النكاح انما يصح تفريعا على عدم صحة النكاح **قوله** واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وكذا اذا كانت الامة تحت حر فقال لسيدها ذلك فسد نكاحه وقال زفر لا يفسد واصل الخلاف ان العتق فيه يقع عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يسقط عنه وعنده يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فيقع عن المامور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء والمقتضي هو تصحيح كلامهما صونا له عن اللغو اذ لا مانع منه بخلاف ما لو قال لعبده اعتق هذا العبد عن كفارة يمينك لا يعتق المخاطب تصحيحا لكلام السيد لان الحرية اصل للتكفير بالمال واصل الشيء لا يكون تبعا لفرعه ولو ثبت اقتضاء لصار تبعا له فامتنع لذلك لا يقال ملك الآمر ملك غير مستقر ومثله لا يوجب انفساخ النكاح كالوكيل اذا اشترى زوجته لموكله لا يفسد نكاحه مع ثبوت الملك اولا له لانا نقول الملك ملزوم للانفساخ فاذا ثبت ثبت الا يرى ان من قال لامرأته اذا اشتريتك فانت حرة فاشتراها عتقت وفسد النكاح مع عدم استقرار ملكه وعدم الانفساخ في مسئلة الوكيل لعدم ثبوت الملك له اولا بل ابتداء يثبت للموكل في الصحيح كالعبد المتهب يقع الملك لمولاه ابتداء وان وقع للوكيل لكنه متعلق به حق الموكل حالة ثبوته ومثله لا يوجب الفسخ اذ لم يخلص ثبوته له لتخليص

ولو قال أعتقه عني ولم يسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله هذا والأول سواء لأنه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء لأنه فعل حسي بخلاف البيع لأنه تصرف شرعي وفي تلك المسألة الفقير ينوب عن الآمر في القبض أما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه

باب نكاح أهل الشرك

وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الأول كما قال أبو حنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله له أن الخطابات عامة على ما مر من قبل فيلزمهم وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضا لا تقريرا فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات

ثبوت الملزوم فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالألف وأمره بإعتاقه عنه وقوله أعتقت تمليكا منه ضمنا للإعتاق الصريح الواقع جوابا وإعلم أنه لو صرح بالبيع فقال بعتك وأعتقته لا يقع عن الآمر بل عن المأمور فيثبت البيع ضمنا في هذه المسألة ولا يثبت صريحا كبيع الأجنة في الأرحام وهذا لأن الثابت مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لا شروط نفسه وشرط العتق الأهلية بالملك والعقل وعدم الحجر وهو ثابت في المأمور فإذا صرح به ثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم إلا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه **قوله** ولو قال ما تقدم كان إذا ذكر المال مع الأمر فلو اقتصر على قوله أعتقه عني ففعل المأمور فعند أبي يوسف رحمه الله يقع عن الآمر ويتضمن الهبة ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه ففعل يسقط عن الآمر مع أنه لا قبض هنا منه وعندهما عن المأمور وحاصل وجههما أن فيه شرطا لا يمكن إثباته اقتضاء وهو القبض لأنه فعل حسي غير القول والفعل الحسي لا يوجد في ضمن القول ففعل اليد الذي هو الأخذ لا يتصور أن يتضمنه فعل اللسان فيكون موجودا بوجوده بخلاف القول فإنه يتضمن ضمن قول آخر ويعتبر مرادا معه وهذا ظاهر وقول أبي اليسر قول أبي يوسف أظهر لا يظهر بخلاف ما قاس عليه لأن الفقير يكون نائبا عن الآمر فيكون قابضا له ثم بالاستيفاء يصير قابضا لنفسه أما العبد فلا يقع في يده شيء بالعتق ليمكن اعتباره قابضه نيابة أو لأن بالعتق تتلف ماليته

باب نكاح أهل الشرك لما فرغ من نكاح المسلمين بمرتبته من الأحرار والأرقاء شرع في بيان نكاح الكفار مطلقا كتابيين وغيرهم وهو المراد بأهل الشرك إما تغليبا وإما ذهابا إلى أن أهل الكتاب داخلون في المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقدمناه في فصل المحرمات وإما إطلاقا للمشرك عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله تعالى الله رب العزة والكبرياء وقدمنا أنه إنما أعقب باب المهر بفصل مهور الكفار تتميما لباب المهر تبعا واعلم أن كل نكاح صحيح في حق المسلمين فهو صحيح إذا تحقق بين أهل الكفر لتظافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة فحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك ولا تصح أنكحتهم بناء على تناول الخطاب العام إياهم مع بلزومية أنكحتهم لعدم بعض الشروط كالولاية وشهادة المسلمين واستشكله بعض المالكية لثبوت ولاية الكافر على الكافر ولعدم اشتراط الشهادة في العقد عندهم قال ولو قلت إنها شرط فإذا عقده جماعة من المسلمين ينبغي أن يصح لكنهم يطلقون عدم الصحة وقال فينبغي أن يقال ما صادف شروط الصحة فهو صحيح وما لا ففاسد ولنا قوله تعالى وامرأته حمالة الحطب وقوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح وأسلم فيروز على أختين فقال له صلى الله عليه وسلم اختر إحديهما وأسلم ابن غيلان على عشر فقال له صلى الله عليه وسلم أمسك أربعا الحديث ومن حين ظهرت دعوته صلى الله عليه وسلم والناس يتواردون الإسلام إلى أن توفي صلى الله عليه وسلم على ما قيل عن سبعين ألف مسلم غير النساء فلم ينقل قط أن أهل بيت جددوا أنكحتهم بطريق صحيح ولا ضعيف ولو كان لقضت العادة بنقله فعلم أنه قول باطل **قوله** وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين أي النكاح بغير شهود وفي عدة كافر إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام أو المرافعة إلى الحكام فالواو بمعنى أو وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله في الوجه الأول وهو النكاح بلا شهود كما قال أبو حنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني وهو ما في عدة كافر كما قال زفر وله أن الخطابات عامة على ما مر في فصل الذي يذيل باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعموم الخطابات وهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضا لا تقريرا فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولهما وهو الفرق أن نكاح المعتدة مجمع على بطلانها عندنا فكانوا ملتزمين لها على ما مر هناك أيضا من أن مذهبهما

ولا يجب عند ابي حنيفة رح لان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح في حالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فاذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في المعتدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر بالكفر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما

ان اهل الذمة التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات وهذا التقييد له حيث افاد انهم التزموا المجمع عليه في ملتنا لا مطلقا **قوله** ولا يجب عند ابي حنيفة رح لان الحرمة اي حرمة النكاح بغير شهود ونكاح المعتدة لا يمكن حقا اثباتها للشرع اي الشارع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت الكتابية تحت مسلم طلقها فانه تجب العدة حقا له لانه يعتقده فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها واذا صح النكاح حال صدوره فحال المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها بل في ابتداء العقد لصحته وكذا العدة لا تنافيها اي لا تنافي حالة بقاء العقد كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة حيث يثبت وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع حلها وحرمتها عليه وهذا التقرير يفيد ان العدة لا تجب اصلا عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لانه انما يملكها في العدة ولا يثبت نسب ولدها اذا اتت به بعد الطلاق لاقل من ستة اشهر وبه قالت طائفة من المشائخ وقيل تجب عنده لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الامة في حال قيام وجوبه على السيد وقيل الاليق الاول لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون وفيه نظر لان تركهم تحرزا عن الغدر لعقد الذمة لا يستلزم صحة ما تركوا واياه كالكفر تركوا واياه وهو الباطل الاعظم ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب في الصورة المذكورة لجواز ان يقال لا تجب واذا علم ان له الولد بطريق آخر وجب الحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح ومجيئها به لاقل من ستة اشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلحق به وهم لم ينقلوا عن ابي حنيفة رح ثبوته ولا عدمه بل اختلفوا ان قوله بالصحة بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك والا فلا ولنا ان نقول بعدمها ويثبت النسب في الصورة المذكورة وفي المبسوط ان الخلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة او الاسلام والعدة قائمة اما اذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالاجماع ثم هنا نظر ان الاول مقتضى توجيه ابي حنيفة رح ان الكفار لا يخاطبون بالمعاملات وهو خلاف ما ذكره المشائخ في الاصول من ان الاتفاق على انهم مخاطبون بها في احكام الدنيا والمسئلة ليست بمحفوظة عن المتقدمين وانما استنبطها مشائخ بخارى من بعض تفريعاتهم كمن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم اسلم لا يلزمه النذر بعد ذلك والعراقيون على انهم مخاطبون بالكل وانما قلنا انه خلاف لان النكاح من المعاملات وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على انهم مخاطبون باحكام النكاح غير ان حكم الخطاب انما يثبت في حق المكلف ببلوغه اليه والشهرة تنزل منزلته وهي متحققة في حق اهل الذمة دون اهل الحرب فمقتضى النظر التفصيل الثاني ان نفي ابي حنيفة العدة هنا انما هو فيما اذا كانوا لا يعتقدون عدمها ومقتضاه اذا كانوا يعتقدون وجوبها ان لا يصح ويجب التجديد بعد الاسلام لانه حين وقع كان باطلا فيلزم في المهاجرة لزوم العدة اذا كانوا يعتقدون لان المضاف الى تباين الدار الفرقة لا نفي العدة وتعليل النفي هناك بقول المص لانها وجبت اظهارا لخطر النكاح السابق ولا خطر لملك الحربي بالآية قد يشكل عليه بقاء ملكه للنكاح اذا سبي الزوجان معا وسنذكره تتمة

قوله فان تزوج المجوسي امه او بنته او مطلقته ثلثا او جمع بين خمس او اختين في عقدة ثم اسلما او احدهما فرق بينهما اجماعا لان نكاح المحارم ونحوه له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا يعني من قوله في المسئلة التي قبلها ان اهل الذمة التزموا المجمع عليه عندنا وهذه الانكحة مجمع على بطلانها فيلزم حكمها وعلى ما حققناه من ان الكفار مخاطبون بالكل كقول العراقيين او بالمعاملات كقول البخاريين يجب الاتفاق بين الثلاثة على انه له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الاحكام في دارنا فتحل نازلة في حقهم اذ ليس في وسع المبلغ سوى اشاعتها دون ان يعلمها لكل واحد غير انا تركناهم وما يدينون بامر الشرع فاذا اسلما او اسلم احدهما وجب التفريق واما على ما اختاره القاضي ابو زيد واتباعه وجعله المص وغيره الصحيح من ان له حكم الصحة عنده حتى تجب النفقة اذا طلبت ولا يسقط احصانه بالدخول فيه حتى لو اسلم فقذفه انسان يحد خلافا لمشائخ العراق القدوري وغيره فانهم لا يوجبون النفقة

ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر منه والشافعي يخالفنا فيه للتعارض ونحن اثبتنا الترجيح

والاستحسان بناء على ان الخطاب غير نازل في حقهم لانكارهم مع عدم ولاية الالزام فلان الحرمية تنافي البقاء كما تنافي الابتداء لكونها عدم المحل وانت علمت من هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغي ان يكون هو الوجه المختار وانما يصح ذلك في الحربيين لعدم شيوع الخطاب في دار الحرب ولانه لا يبلغهم فلا يثبت حكمه في حقهم فيجب التعليل بمنافاة الحرمية كما ذكرناه واما اذا ترافعا فعلى الاعتبارين يفرق لانهما رضيا بحكم الاسلام فالقاضي كالمحكم واما برافعة احدهما فقط الا كذلك يفرق كاسلام احدهما وعند ابي حنيفة رحمه الله الفرق بين اسلام احدهما ومرافعته ان باسلام احدهما ظهرت حرمة الآخر عليه لتغير اعتقاد المصر الباقي من اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى بخلاف مرافعة احدهما ورضاه فانه لا يتغير به اعتقاد الآخر فيبقى الامر الشرعي بعدم التعرض له بلا معارض والاوجه تخريج الخلاف على الخلاف في انه هل عهدكان باطلا عندهما لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة فاذا انقادا حكم بحكم الاسلام كان كاسلامه وعنده كان صحيحا ورفع احدهما لا يرجح على الآخر في ابطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة هذا كله بعد الاسلام او المرافعة اما اذا لم يكن احدهما فلا تفريق الا في قول ابي يوسف الآخر على ما في المبسوط في الذميين انه يفرق اذا علم ذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس ومحارمهم اجيب بانه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصري ما بال الخلفاء الراشدين تركوا اهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب عليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما انت متبع ولست بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من وقت الفتوحات الى يومنا لم يشتغل احد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الاجماع وفي الغاية معزيا الى المحيط لو طلقت المطلقة ثلثا التفريق يفرق بينهما وكذا في الخلع يعني اختلعت من زوجها الذمي ثم امسكها فرفعته الى الحاكم فانه يفرق بينهما لان امساكها ظلم وما اعطيناهم العهد على تقريرهم على الظلم وكذا في المطلقة الثلاث لانهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان لم يعتقدوا حصره في عدد وفي النهاية لو تزوج اختين في عقدة ثم فارق احداهما ثم اسلم احدهما ان الباقية نكاحها على الصحة حتى اقرا عليه انتهى وهو مبني على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق ان يفرق لوقوع العقد فاسدا او وجب التعرض بالاسلام **قوله** ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة اما المسلمة فظاهر لانها لا تكون تحت كافر واما الكافرة فلانه مقتول معنى وكذا المرتدة لا تزوج اصلا لانها محبوسة للتأمل ومناط المنع مطلقا عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم يشرع الا لها فكان احق بالمنع من منع تزويج المرأة عبدها وبالعكس **قوله** فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه تحقق من الطرفين في الاسلام العارض بان كانا كافرين فاسلمت او اسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق او بعده في مدة يثبت النسب في مثلها او كان بينهما ولد صغير قبل الاسلام احدهما فانه باسلام احدهما صار ذلك الولد مسلما هذا اذا كانا في دار واحدة او ما لو تباينت دارهما بان كان الاب في دار الاسلام والولد في دار الحرب او على العكس فانه لا يصير مسلما باسلام ابيه وسنذكره في السير في فصل من باب المستأمن ان شاء الله تعالى واما في الاسلام الاصلي فانما يتحقق بان يكون الام كتابية والاب مسلم فجاءت به مسلم فلا حاجة الى التخصيص الى هذه بقوله وكذلك اذا اسلم احدهما الخ فانها داخلة في عموم الاول ومن افرادها وهذه اجماعية فقس عليها اما اذا كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا انثى او ذكرا فحكمنا بان الولد كتابي بجامع الانظر للولد في الدنيا بالاقتراب من المسلمين بالاحكام من حل الذبيحة والمناكحة وفي الاخرى بنقصان العقاب اذ كانت الكتابية اخف شرا من المجوسية فيثبت الولد كذلك ويتبعه في الاحكام والشافعي يخالفنا فيه اي فيما اذا كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيقول فيما اذا كان الاب كتابيا والام مجوسية انه مجوسي في اصح قوليه وبه قال احمد تغليبا للتحريم وفي قوله الآخر انه كتابي تبعا لابيه وبه قال مالك رحمه الله لان الانتساب الى الاب ولو كانت الام كتابية والاب مجوسي فهو تبع له

وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الإسلام فإن أسلم فهي امرأته وإن أبى فرق بينهما

قوله أي فلا تحل له مناكحته ولا ذبيحته فيقدر جعله مجوسيا مطلقا وقوله للتعارض أي تعارض الإلحاقين أي الإلحاق بأحدهما يوجب حرمات وبالآخر
يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو بالإلحاق بالمجوسي ونحن بينا الترجيح بالقياس بجامعه وهذه الأحكام إنما تثبت تبعا والمقصود والأصل إثبات
تبعيته على وجه النظر له على ما بيناه أيضا قوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على فطرة الإسلام حتى يكون أبواه اللذان يهودانه الحديث جعل اتفاقهما ناقلا له
عن الفطرة فإذا لم يتفقا بقي على أصل الفطرة أو على ما هو أقرب إلى أصل الفطرة كذا قيل ولا يخفى ما فيه وأما ما قيل في ترجيح ترجيحنا على ترجيح الشافعي
بأن ترجيحه يرفع التعارض وترجيحنا يدفعه فلا حاصل له إذا تأملت واعلم أن التعارض هنا تجوز فإن ثبوته بثبوت المتعارضين مستلزمين لحكميهما
وليس هنا إلا ثبوت حكم على تقدير اعتبار وضده على تقدير الآخر فلما اشترك مع المعارض في ترجيح أحدهما بالقول به سمي تعارضا وإلا فالتعارض تقابل
الحجتين وليس هنا حجة فضلا عن ثنتين **قوله** وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر سواء كان كتابيا أو غيره وإذا لا يصح تزوج الكافر مطلقا بمسلمة ولو وقع عوقب
وعوقبت أيضا إن كانت عالمة بحاله والساعي بينهما أيضا امرأة أو رجلا ولا يصير به ناقضا للعهد إن كان ذميا فلا يقبل خلافا لمالك قياسا على إذا جعل
نفسه طليعة للمشركين بجامع أنه باشر ما ضمن بعقد الذمة أن لا يفعله قلنا كالتزام المسلم بالإسلام أن لا يفعل محظورا ويفعله لا يصير شرعا ناقضا لإيمانه
فيقبل الذمي بالتزام بعقد الذمة أن لا يفعله لا يصير ناقضا لأمانه وقتل الطليعة لأنه حارب معنى ولو أسلم بعد النكاح لا يقران عليه ولا تلحقه إجازة لأنه
وقع باطلا وقال في إسلام الرجل وإن أسلم الرجل وتحته مجوسية لأن كفر المرأة مطلقا لا يمنع تزوج المسلم بها بل غير الكتابية فلذا فرضها في
المجوسية وحاصل المسألة أنه إذا أسلم أحد الزوجين اللذين هما مجوسيان والزوجة منهما مجوسية والزوج كتابي والزوجة من الكتابيين والزوجة
الكتابية والزوج مجوسي عرض على المصر الإسلام إذا كان بالغا أو صبيا يعقل الأديان لأن ردته معتبرة فكذا إباؤه والنكاح قائم فإن أبى فرق بينهما
وإن كان الصبي مجنونا عرض على أبويه وينبغي أن يكون معنى هذا أن أي الأبوين أسلم بقي النكاح لأنه يتبع المسلم منهما وإن لم يكن مجنونا لكنه لا يعقل
الأديان ينتظر عقله لأن له غاية معلومة بخلاف المجنون هذا على قولهما أما على قول أبي يوسف رحمه الله فاختلف المشايخ في إباء الصبي قيل لا يعتبر كما لا تعتبر ردته
عنده وقيل نعم وصححه بعضهم وفرق بينه وبين الردة وحكم الصبية كالصبي وما لم يفرق القاضي فهي امرأته حتى لو مات الزوج قبل أن تسلم
امرأته الكافرة وجب لها المهر وإن لم يدخل بها لأن النكاح كان قائما وتقرر بالموت وقال الشافعي رحمه الله لا يعرض على المصر لأنه تعرض منهي عنه بل إن كان
الإسلام قبل الدخول انقطع النكاح في الحال لعدم تأكده وإن كان بعده تأجل إلى انقضاء ثلاثة أطهار وقول المصر ثلاثة حيض لا يأتي على مذهبه العدة
وإن لم يسلم ترجيت قلنا اعتبار انقضاء العدة قبل الفرقة وإضافة انقطاع النكاح إلى الإسلام لا نظير له في الشرع ولا أصل يلحق به قياسا بجامع صحيح
ولا سمعي يفيده بل الثابت شرعا اعتبار العدة بعد الفرقة ولنا أنه لا بد من سبب تضاف الفرقة إليه والإسلام عاصم قال صلى الله عليه وسلم فإذا قالوها
فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم واختلاف الدين منتقض بتزوج المسلم كتابية أو لأنه يرجع إلى إسلام المسلمين لأنه الذي به حصل الاختلاف وكفر المصر لا يمنع
وإلا لم يصح النكاح من الأصل فلم يبق إلا إباء الإسلام لأنه يصلح قاطعا فأضفنا انقطاع النكاح إليه وكان هو المناسب وفي الموطأ عن ابن شهاب الزهري
أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الإسلام فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم
بين امرأته وبينه حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح والتعرض الممتنع الجبر بنفس الكلام عنه تخيير إلا ممتنع ولأنه استعلام حكم شرعي
هل تزل بالمرأة أو لا ثم تأيد بما ذكره الطحاوي وابن العربي في المعارضة أن عمر رضي الله عنه فرق بين نصراني ونصرانية بإبائها عن الإسلام وذكر أصحابنا أن جلا

وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رح وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة بينهما طلاقا وقال ابو يوسف رح لا تكون الفرقة طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رح لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب يبتني عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا لها فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف رح ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها ثم اذا فرق القاضي بينهما باباءها فلها المهر ان كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رح يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وسيأتيك انشاء الله تعالى

من تغلب اسلمت امرأته وهي نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطاب رض فقال له اسلم والا فرقت بينكما فابى ففرق بينهما وظهر ذلك منهم ولم ينقل خلاف احد

قوله وكان ذلك يعني تفريق القاضي عند اباء الزوج طلاقا بائنا والحاصل ان ابا يوسف لا يفرق بين التفريق في الصورتين فيجعله فسخا لا ينتقص شيئا من عدد الطلاق وابو حنيفة ومحمد رح يجعلان الفرقة باباء الزوج طلاقا وباباء المرأة فسخا لابي يوسف ان الفرقة باباء الزوج فسخا لابي يوسف رح بسبب يشترك فيه يعني الاباء فانه ممن اسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن الاسلام او هو على معنى انه يمكن تحققه من كل منهما فاذا وجد منه لا يكون طلاقا فانه يوجد منها ولا يكون طلاقا والتعرض في وحدة السبب ومنها كالفرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والحرمية بالرضاع فانه يشترك فيه بمعنى انه يتحقق سببا من كل منهما فكان فسخا ولهما انه فات الامساك بالمعروف فوجب التسريح باحسان فان طلق والا ناب القاضي منابه في ذلك فيكون طلاقا اذا كان نائبا عمن اليه الطلاق لانه انما ينوب عنه فيما اليه والتفريق هو الذي اليه الطلاق واما المرأة فالذي اليها عند قدرتها على الفرقة شرعا الفسخ فاذا ناب القاضي منابها فيما اليه التفريق به فلا تكون الفرقة الا فسخا فالقاضي نائب منابهما في جنايته فيهما بخلاف ما قاس عليه من الملك والحرمية فان الفرقة فيهما لا بهذا المعنى بل للتنافي واما خيار البلوغ فان ملك الفرقة فيه لتطرق الخلل الى المقاصد بسبب قصور شفقة العاقد لقصور قرابته وعلى اعتبار تحقق هذا التطرق لا يكون النكاح انعقد من الاصل والوجه في الفرقة الكائنة عنه كونها فسخا بخلاف عنة الخصي ايضا على قول ابي حنيفة رح ولان الفرقة فيهما للتنافي اي هي تنافي النكاح ابتداء فكذا البقاء ولذا لا يحتاج في ذلك كله الى حكم الحاكم وانما يحتاج اليه في خيار البلوغ لانه لدفع ضرر خفي والضرر في هذا جلي ويحتاج اليه في الاباء غير مناف للنكاح **فرع** يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الآبي بعد التفريق عليهما ما دامتا في العدة اما في الاباء فلان الفرقة بالطلاق واما في الردة فلان الحرمة بالردة غير متأبدة فانها ترتفع بالاسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلث حرمة مغياة بوطء زوج آخر بخلاف حرمة المحرمية فانها متأبدة لا غاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة **قوله** واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلث حيض ان كانت ممن تحيض والا فثلثة اشهر فان اسلم الآخر قبل انقضاء العدة هذه المدة فهما على نكاحهما وان لم يسلم حتى انقضت وقعت الفرقة ثم قال المصنف واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية بان كان الذي اسلم هو الزوج فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما قال وسيأتيك يعني في مسئلة المهاجرة فالحاصل انه لا عدة بعد البينونة عند ابي حنيفة في الصورتين وعندهما اذا كانت هي المسلمة فعليها العدة وهكذا ذكر شمس الائمة وكأنه اخذه من قول محمد رح في السير فيما اذا اسلمت المرأة في دار الحرب بعد ان ذكر الفرقة بشرطها وعليها ثلث حيض اخرى بعد الثلث الاول وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها ما دامت في العدة في الثلث الحيض الاواخر ثم قال محمد وينبغي في قياس قول ابي حنيفة رح ان لا يكون عليها عدة واما الطحاوي فقد اطلق وجوب العدة عليها حيث قال ومن اسلمت امرأته في دار الحرب الى ان قال فاذا حاضت بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك ثم علل الحكم المذكور فقال وهذا اعني توقف البينونة على انقضاء المدة المذكورة لانه لا بد من سبب يضاف اليها الفرقة والاسلام غير مناسب لها وكذا الاختلاف لانه يرجع الى اسلام المسلم ولانه منقوض كما ذكرنا وكذا كفر المصر فليس الا الاباء وهو متعذر في دار الحرب فاضيف الى شرط البينونة وذلك لان سبب الفرقة الطلاق بشرط انقضاء العدة والاضافة الى الشرط عند تعذرها الى العلة نظير في الشرع وهو حافر البئر في الطريق يضاف ضمان ما تلف بالسقوط فيه الى الحفر وهو شرط لان العلة ثقل الواقع وقوله والعرض على الاسلام لوجه

وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يبقى أولى **قال** وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلماً وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي رحمه الله لا تقع ولو سبي أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما بغير طلاق وإن سبيا معاً لم تقع البينونة وقال الشافعي رحمه الله تقع فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يقول بعكسه له أن التباين أثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح

فيه يعرض الإسلام عليه فهو من باب القلب ونظيره في اللغة عرضت الناقة على الحوض وخرق الثوب المسمار نصب المسمار **قوله** وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما ظاهر **قوله** وإذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلماً وقعت البينونة حكم المسئلة لا يتوقف على خروجه مسلماً بل في بيا كما لا يذكر **قوله** فالحاصل أن السبب في الاختلاف في أن تباين الدارين حقيقة وحكما بين الزوجين هل يوجب الفرقة بينهما فقلنا نعم وقال الشافعي رحمه الله لا وفي أن السبي هل يوجب الفرقة أم لا فقلنا لا وقال نعم قوله وهو قول مالك وأحمد رحمهما الله فيتفرع أربع صور وفاقيتان فهما لو خرج الزوجان إلينا معاً ذميين أو مسلمين أو مستأمنين ثم أسلما أو صارا ذميين لا تقع الفرقة اتفاقاً ولو سبي أحدهما تقع الفرقة اتفاقاً عنده للسبي وعندنا للتباين وخلافيتان أحدهما إذا خرج أحدهما إلينا مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً ثم أسلم أو صار ذمياً عندنا تبين فإن كان الرجل حل له التزوج بأربع في الحال وبأخت امرأته التي في دار الحرب إذا كانت في دار الإسلام وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب إلا في المرأة تخرج مراغمة لزوجها أي تقصد الاستيلاء على حقه فتبين عنده بالمراغمة والآخر مما إذا سبي الزوجان معاً فعنده تقع الفرقة للسبي إلا أن يطأها بعد الاستبراء وعندنا لا تقع لعدم تباين الدارين وفي المحيط مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج رجل بها إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبن لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين إذ لا تمكن من العود والزوج من أهل الإسلام فلا تباين بريد في الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل قهراً حتى ملكها تحقق التباين بينها وبين زوجها حقيقة وحكماً أما حقيقة فظاهر وأما حكماً فلأنها في دار الحرب حكماً وزوجها في دار الإسلام حكماً **قوله** له أن تباين الدارين أثره في انقطاع الولاية أي ولاية من في دار الحرب عليه إن كان خارجاً إلينا وولاية من في دارنا عليه إن كان لا في دار الحرب بحيث يتعذر الإلزام عليه وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي والصفاء هنا الملك الخالص لا يتحقق صفاؤه له إلا بانقطاع النكاح ولهذا أي لثبوت الصفاء بالسبي يسقط ما على المسبي من دين إن كان لكافر عليه لعدم احترامه فكذا يسقط حق الزوج الأول وهذا لأن الصفاء موجب لملك ما يحتمل التملك وملك النكاح كذلك فخلص له عند عدم احترام الحق المتعلق به وصار سقوط ملك الزوج عنها كسقوطه عن جميع أملاكه فإنها تذهب عن يده ومن المنقول أن أبا سفيان أسلم في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمر الظهران حين أتى به العباس رضي الله عنه وزوجته هند بمكة وهي دار حرب إذ ذاك ولم يأمرهما صلى الله عليه وسلم بتجديد نكاحهما ولما فتحت مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة كل منهما وأخذت الأمان لزوجها فذهبت فجاءت به ولم يجدد نكاحهما وتباين الدارين بين أبي العاص بن الربيع زوج زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنها أظهر وأشهر فإنها هاجرت إلى المدينة وتركته بمكة على شركه ثم جاء وأسلم بعد سنين قيل ثلث سنين وقيل ست وقيل ثمان فردها عليه بالنكاح الأول فهذه كلها تقوض لما عللنا به واستدل الشافعي أيضاً على إثبات علته بأن قوله تعالى والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم نزلت في سبايا أوطاس وكن سبين مع أزواجهن وقد كان منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يحضن فقد استثنى المسبيات مع أزواجهن من المحرمات فظهر أن السبي يوجب الفرقة **وقوله** كالحربي المستأمن ظاهره أنه أصل قياس وفرعه الخارج إلينا مسلماً من دار الحرب أو ذمياً والحكم عدم الفرقة بينه وبين زوجته بجامع عدم سببها فهو من قبيل تعليل الحكم العدمي بالمعنى العدمي وعلى هذا فالسوق لإثبات الفرع لكن الظاهر أن المراد نفي تأثير التباين مخرج اللفظ كما لا يؤثر في الفرقة لتحققه في المستأمن إلخ **قوله** ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح التي شرع النكاح لها لأن الظاهر أن الخارج إلينا مسلماً أو ذمياً لا

فتشابه الحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداءً فكذلك بقاءً فصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن لم تتباين الدار حكماً لقصده الرجوع

والكائن هناك لا تخرج الينا فكان التباين منافياً له فيكون اعتراضه قاطعاً كاعتراض المحرمية بالرضاع وتقبيل ابن الزوج مثلاً لما نافيه كان اعتراضه قاطعاً ثم شرع يفسد تعيين السبي علة فقال والسبي يوجب ملك الرقبة يعني يمنع ان يكون موجباً غير ذلك واذن فما اقتضاه ملك الرقبة لزم السبي تبعاً لملكها والا فلا وملك الرقبة لا يقتضي ملك النكاح الا اذا ورد على خال عن مملوكية او مالكية وكذا ابتداء النكاح وبقاؤه في العبد المشتري فهو كسائر اسباب الملك من الشراء والهبة والارث وزوال املاك المسبي لثبوت رقه والعبد لا ملك له في المال بخلاف النكاح فانه من خصائص الآدمية فيملكه اذا ابتداء وجوده بطريق الصحة حتى لا يملك سيده التطليق عليه وانما توقف في الابتداء على اذنه لما يستلزم من تنقيص ماليته وسقوط الدين الكائن لكافر على المسبي الحربي ليس مقتضى السبي بل لتعذر بقائه لانه انما يبقى ما كان هو محل وجب كان في ذمته لا شاغلاً لماليته رقبته ولا يمكن ان يثبت بعد الرق بالسبي الا شاغلاً لها فيصير الباقي غيره ولذا لو كان المسبي عبداً مديوناً كذلك لا يسقط عنه الدين بالسبي نص عليه محمد في المأذون فان قيل بل يجوز كون الدين في ذمة العبد غير متعلق برقبته ولذا يثبت الدين باقراره به ولا يباع فيه اجيب بمنع تعلقه في العبد كذلك وانما لا يطالب باقراره لان اقراره لا يسري في حق المولى حتى لو ثبت بالاستهلاك قطعاً معاينة بيع فيه واما ما استدل به من قصة ابي سفيان فالحق ان ابا سفيان لم يكن حسن الاسلام يومئذ بل ولا بعد الفتح وهو شاهد حنين ما تقيده السير الصحيحة من قوله حين انهزم المسلمون لا ترجع هزيمتهم الى البحر وما نقل ان الازلام كانت معه وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج الى هوازن بحنين وانما حسن اسلامه بعد ذلك رحمه الله والذي كان اسلامه حسناً حين اسلم هو ابو سفيان بن الحارث واما عكرمة وحكيم فانما هربا الى الساحل وهو من حدود مكة فلم تتباين داراهما واما ابو العاص فانما ردها عليه صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد روى ذلك الترمذي وابن ماجة والامام احمد رحمه الله والجمع اذا امكن اولى من اهدار احدهما وهو بحمل قوله على النكاح الاول على معنى بسبب سبقه مراعاة لحرمته كما يقال ضربته على اساءته وقيل قوله ردها على النكاح الاول لم يحدث شيئاً معناه على مثله لم يحدث زيادة في الصداق والحباء وهو تاويل حسن هذا وما ذكرناه مثبت ورد على النكاح الاول ناف لانه مبق على الاصل وايضاً يقطع بان الفرقة وقعت بين زينب وبين ابي العاص بمدة تزيد على عشر سنين فانها اسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعى صلى الله عليه وسلم خديجة رضي الله عنها او بناته ولقد انقضت المدة التي تبين بها في دار الحرب مراراً وولدت وروي انها كانت حاملاً فاسقطت حين خرجت مهاجرة الى المدينة وروعها هبار بن الاسود بالرمح واستمر ابو العاص بن الربيع على شركه الى ما قبيل الفتح فخرج تاجراً الى الشام فاخذت سرية المسلمين ماله واعجزهم هرباً ثم دخل بليل على زينب رضي الله عنها فاجارته ثم كلم رسول الله صلى الله عليه وسلم السرية فردوا ماله فاحتمل الى مكة فادى الودائع وما كان لاهل مكة ابضعوا معه وكان رجلاً اميناً كريماً فلما لم يبق لاحد عليه علقة قال يا اهل مكة هل بقي لاحد منكم عندي مال لم ياخذه قالوا لا فجزاك الله خيراً فقد وجدناك وفياً كريماً قال فاني اشهد ان لا اله الا الله وان محمداً عبده ورسوله والله ما منعني من الاسلام عنده الا تخوف ان تظنوا انما اردت ان آكل اموالكم فلما اداها الله اليكم وفرغت منها اسلمت ثم خرج حتى قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين او ثمان سنين او ثلث سنين فانما ذلك من وقت فارقته بالابدان وذلك بعد غزوة بدر واما البينونة فقبل ذلك بكثير لانها ان وقعت من حين آمنت فهو قريب من عشرين سنة الى اسلامه وان وقعت من حين نزلت ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وهي مكية فاكثر من عشر وذلك بحيث لو كان حملها قبل ذلك الى ان اسر فيمن اسر يوم بدر وهو صلى الله عليه وسلم كان مغلوباً على ذلك قبل ذلك فلما ارسل اهل مكة في فداء الاسارى رسالة زينب في فدائه قلادة كانت خديجة

وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة جاز أن تتزوج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليها العدة لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم الإسلام ولأبي حنيفة رحمه الله أنها أثر النكاح المتقدم وجبت إظهاراً لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب العدة على المسبية

أعطيها إياها فلما رآها رسول الله صلى الله عليه وسلم رق لها فردها عليها وأطلقه لها فلما وصل جهزها إليه لأنه صلى الله عليه وسلم كان شرط عليه ذلك عند الطلاقة واتفق في مخرجها إليه ما اتفق من هبار بن الأسود وهذا أمر لا يكاد أن يختلف فيه اثنان وبه نقطع بأن الرد كان على نكاح جديد كما هو حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ووجب تأويل رواية الأول كما ذكرنا واعلم أن بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تتصف أحد منهن قبل البعثة بكفر ليقال آمنت بعد أن لم تكن مؤمنة فقد اتفق علماء المسلمين أن الله لم يبعث نبياً قط أشرك بالله طرفة عين والولد يتبع المؤمن من الأبوين فلزم أنهن لم تكن أحد منهن قط إلا مسلمة نعم قبل البعثة كان الإسلام اتباع ملة إبراهيم حنيفاً عليه السلام ومن حين بعث البعثة لا يثبت الكفر إلا بالإنكار بعد بلوغ الدعوة ومن أول ذكره صلى الله عليه وسلم لأولاده لم تتوقف واحدة منهن وأما سبايا أوطاس فقد روي أن النساء سبين وحدهن وفي رواية الترمذي تقييد ذلك عن أبي سعيد قال أصبنا سبايا أوطاس ولهن أزواج في قومهن فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم لكن بقي أن يقال العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقاً سواء سبيت وحدها أو مع زوج وأما المشتراة المتزوجة فخارجة بالإجماع فوجب أن يبقى ما سواها داخلاً تحت العموم على الإباحة والجواب أن المسبية مع زوجها تخص القياس لينا وبما ذكر ويبقى المسبية وحدها ذات بعل وبلا بعل والله سبحانه أعلم وأما قياسه على الحربي المستأمن والمسلم المستأمن فالجواب منع وجوب التباين لأن المدعى علية عنه هو التباين حقيقة وحكماً وهو بصير الكائن في دار الحرب في حكم الميت حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده وتقسيم ميراثه والكائن في دارنا ممنوعاً من الرجوع وهذا منتف في المستأمن فإذا كان على ما ذكر بقي ما ذكرنا من المعنى اللازم للتباين الموجب للفرقة سالماً عن المعارض بحج عباره ودليل السمع الصادر هو قوله تعالى إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات إلى قوله فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتموهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقد أفاد من ثلاث نصوص على وقوع الفرقة هو من وجه اقتضائي وهو فلا ترجعوهن

قوله وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة أي تاركة الدار إلى أخرى على عزم عدم العود وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية وهذه المسئلة حكم آخر على بعض ما تضمنه موضوع المسئلة التي قبلها لأنها كانت إذا خرج أحد الزوجين مهاجراً وقعت الفرقة وهذه إذا كانت الخارج منهما المرأة ووقعت الفرقة اتفاقاً فهل عليها عدة فيها خلاف عند أبي حنيفة لا فتتزوج للحال إلا أن تكون حاملاً فتتربص لا على وجه العدة بل ليرتفع المانع بالوضع وعندهما عليها العدة ثم اختلفوا لو خرج زوجها بعدها وهي بعد في هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه قال أبو يوسف رحمه الله لا يقع عليها وقال محمد يقع والأصل أن الفرقة إذا وقعت بالتباين لا تصير المرأة محلاً للطلاق عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله تصير وهو أوجه إلى أن يكون محرمية لعدم فائدة الطلاق على ما قدمناه وثمرته تظهر فيما لو طلقها ثلاثاً لا يحتاج زوجها في تزوجها إذا أسلم إلى زوج آخر عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله يحتاج إليه وجه قولهما أنها حرة وقعت الفرقة عليها بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم العدة حقاً للشرع كالمطلقة في دارنا من المسلمات بخلاف ما لو طلقها الحربي في دار الحرب ثم هاجرت لا عدة عليها بالإجماع لأن الفرقة في دارهم وهم لا يؤاخذون بأحكامنا هناك وهذا على ما اخترناه من أن أصلها أن الخطاب يلزم الكفار في المعاملات غير أن شرطها البلوغ وأهل الحرب لا يبلغهم فلا يتعلق بهم حكمه بخلاف أهل دارنا منهم ولأبي حنيفة رحمه الله أن العدة إنما وجبت إظهاراً لخطر النكاح المتقدم ولا خطر لملك الحربي بل أسقط الشرع بالآية المتقدمة في المهاجرات وهي ولا تمسكوا بعصم الكوافر بعد قوله ولا جناح عليكم أن تنكحوهن فقد رفع الجناح عن نكاح المهاجرة ولأن لا تمسك بعصم الكوافر جمع كافرة فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقد نكاح الموجودة في حال كفرهن وبهذا يبطل قولهما وجبت لحق الشرع

وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة رح انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا قال واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف رح مر على ما اصلناه في الاباء وابو حنيفة رح فرق بينهما ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها

كيلا تختلط المياه واستغنائه عن البطالة بان الشرع ابطل النكاح بالتباين لمنافاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لانها اثره وحيث حكم بمنافاته لما له الاثر فان لقائل ان يمنع الملازمة ويقول لا نسلم ان منافاة الشيء تنافي اثره الا اذا كان جهة المنافاة ثابتة في الاثر ايضا وهو منتف لانه في النكاح عدم انتظام المصالح بل تجامع مدة بقائها الى ان تنقضي فيجب ان تثبت لموجبها بلا مسلم لكن قد يقال عصم الكوافر عام يدخل فيه المسبية دون زوجها والمتروكة في دار الحرب للازواج المهاجرين فلهم ان يتزوجوا اربعا وباخت الكائنة هناك لعدم اعتبار عصم اللواتي في دار الحرب للفرقة والمسبية مع زوجها وهذه خصت عندكم فانها تتمسك بعقدكما حيث قلتم لا تقع الفرقة بينها وبين زوجها فجاز ان تخص المهاجرة في حق العدة بحديث سبايا اوطاس فانه دل على ان من انفسخ نكاحها بالتباين لا يحل وطيها قبل تربص فاذا وجب عليها تربص وهي حرة كان عدة اجماعا لعدم القائل بالفصل وح فابطال الوجوب للخطر لا يفيد اذ كان له سبب آخر وهو حق الشرع المدلول عليه بوجوب الاستبراء فانه لا يخلي فرج المدخول بها عن الامتناع الى مدة غير انه اعتبر مدة الاستبراء اقصر كما هو داب الشرع في اظهار التفاوت بين الحرة والامة في مثله **قوله** وان كانت يعني المهاجرة حاملا لم تتزوج حتى تضع وقدمنا انه عند ابي حنيفة رح لا بطريق العدة وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يجوز تزويجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنى وجه الظاهر ان حملها ثابت النسب فيظهر في حق المنع احتياطا وانما قال احتياطا لان مجرد كونه ثابت النسب انما يقتضي ظاهرا ان لا يوطا لانه يصير ساقيا ماءه زرع غيره فتعدية المنع الى نفس التزوج بلا وطي للاحتياط فقط لانه يقع الجمع بين الفراشين فهو ممتنع بمنزلة الجمع وطيا ولهذا لم يجز عنده تزوج الاخت في عدة الاخت والخامسة في عدة الاربع **قوله** واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة في الحال بغير طلاق قبل الدخول او بعده وبه قال مالك واحمد رح في رواية وقال الشافعي واحمد رح في اخرى قبل الدخول هو كذلك واما بعده فيتوقف الى انقضاء العدة فان جمعهما الاسلام قبل انقضائها استمر النكاح والا تبين الفراق من وقت الردة قلنا هذه الفرقة للتنافي فان الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة والمنافي لا يحتمل التراخي بخلاف الاسلام فانه غير مناف للعصمة هذا جواب ظاهر المذهب وبعض مشائخ بلخ وسمرقند افتوا في ردتها بعدم الفرقة حسما لاحتيالها على الخلاص باكبر الكبائر وعامة مشائخ بخارى على فتواها بالفرقة وجبرها على الاسلام وعلى النكاح مع زوجها الاول لان الحسم بذلك يحصل ولكل قاض ان يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار رضيت ام لا وتعزر خمسة وسبعين ولا تسترق المرتدة ما دامت في دار الاسلام في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر عن ابي حنيفة رح تسترق هذا الكلام في الفرقة واما كونها طلاقا فاتفق الامامان بناء على انها من جهة الزوج والمرأة فسخ وقال محمد رح هي في ردة الزوج طلاق وفي ردتها فسخ مر على اصله في الاباء وكذا ابو يوسف رح وفرق ابو حنيفة رح بين الردة والاباء وجه قول محمد رح اعتباره بالاباء والجامع ما بيناه وهو ان بالاباء امتنع عن الامساك بمعروف مع قدرته عليه فينوب القاضي منابه وقيل ما بيناه مما حاصله ان سبب الفرقة فعل من الزوج اباء او ردة وابو يوسف رح مر على اصلنا له في الاباء وهو انه سبب يشتركان فيه وابو حنيفة رح فرق بان الردة منافية للنكاح لانها منافية للعصمة لبطلان العصمة عن نفسه والاملاك ومنها ملك النكاح كذا قرر والحق ان منافاتها العصمة الاملاك تبع لمنافاتها العصمة النفس اذ تملك المنافاة صار في حكم الميت والطلاق لا ينافي النكاح لثبوته معه حتى لا يقع البينونة بمجرده بل بامر زائد عليه او عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق وليس الا الفسخ بخلاف الفرقة بالاباء فانها ليست للمنافاة ولذا بقي النكاح ما لم يفرق القاضي لانها فرقة بسبب فوت ثمرات النكاح فوجب دفعه لارتفاع ثمرته الاتي من قبل الزوج فالقاضي يامره بالامساك بمعروف

قال واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رح يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها

باب القسم

بالاسلام او التسريح باحسان فاذا امتنع ناب عنه وفي الشروح من تقرير هذا الفرق امور لا تمس المطلوب فكذا قوله في الهداية والطلاق لا يرفع لان الرفع يجامع المنافي بالضرورة نعم هو اعم يثبت مع المنافي ومع الطلاق فلا يقع به فرق ولا دخل له فيه ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونفقة العدة ايضا ونصفه ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها لا النفقة العدة لان الفرقة من جهتها وان لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة **قوله** واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا هذا اذا لم يلحق احد منهما بدار الحرب بعد ارتدادهما فان لحق فسد للتباين والقياس وهو قول زفر والائمة الثلثة تقع الفرقة لان في ردتهما ردة احدهما وهي منافية للنكاح ولنا وهو وجه الاستحسان ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم تامرهم الصحابة رض بتجديد الانكحة ولما لم تامرهم بذلك علمنا انهم اعتبروا ردتهم وقعت معا اذ لو حملت على التعاقب لفسدت انكحتهم ولزمهم التجديد وعلمنا من هذا ان الردة اذا كانت معا لا توجب الفرقة واعلم ان المراد عدم تعاقب كل زوجين من بني حنيفة لا جميعهم فلا ان الرجال جاز ان يتعاقبوا ولا نفسخ انكحتهم اذا كان كل رجل ارتد مع زوجته معا فحكم الصحابة رض بعدم التجديد لحكمهم بذلك ظاهر لا حملا عليه للجهل بالحال كالغرقى والحرقى وهذا ان الظاهر ان قيم البيت اذا دام انكون قرينته فيه قرينته هذا والمذكور في الحكم بارتداد بني حنيفة في المبسوط منعهم الزكاة وهذا يتوقف على نقل ان من منعهم كان يجحد افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم وقتال ابي بكر رضي الله عنه اياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم اذا اجمعوا على منعهم حقا شرعيا وعطلوه والله اعلم وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافاة وذلك لان جهة المنافاة بردة احدهما عدم انتظام المصالح بينهما والموافقة على الارتداد ظاهر في انتظامها بينهما الى ان يموتا بقتل او غيره والاوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقتالهم على ذلك فانه من غير تعيين بني حنيفة ومانعي الزكاة قطعي ثم لم يؤمروا بتجديد الانكحة الى آخر ما ذكرنا **قوله** ولو اسلم احدهما بعد ارتدادهما معا فسد النكاح لان ردة الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤها كانشائها الا ان حال اسلام الآخر حتى ان كان الذي عاد الى الاسلام هو الزوج فلا شيء عليها ان كان قبل الدخول وان كانت هي التي اسلمت فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر وان دخل بها فلها المهر في الوجهين لان المهر يتقرر بالدخول دينا في ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة **فروع** الاول نصرانية تحت مسلم تمجست وقعت الفرقة بينهما عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح وجه قوله ان الزوج قد ارتدت والمجوسية لا تحل للمسلم فاحداثها ما تحرم به كالردة وقد ارتدا معا فلا تقع الفرقة ولابي يوسف رح ان الزوج لا يقر على ذلك بل تجبر على الاسلام والمرأة تقر فصار كردة الزوج وحده وهذا لما عرف ان الكفر كله ملة واحدة فالانتقال من كفر الى كفر لا يجعل كانشائه فصار كما لو تهود فان الفرقة تقع فيه بالاتفاق ومحمد رح يفرق بان النساء المجوسية لا تحل للمسلم فاحداثها كالارتداد بخلاف اليهودية الا ترى انها لو تمجست وحدها تقع الفرقة ولو تهودت لا تقع فافترقا الثاني يجوز نكاح اهل الكفر بعضهم بعضا فيتزوج اليهودي مجوسية ونصرانية لان الكل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلف نحلتهم كاهل المذاهب ثم الولد على دين الكتابي منهم الثالث اذا اسلم الكافر وتحته اكثر من اربعة او اختان او ام وبنتها واسلمن معه وهن كتابيات فعند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ان كان تزوجهن في عقدة واحدة فرق بينه وبينهن او في عقد فنكاح من تحل سبقه جائز ونكاح من تاخر فوقع به الجمع او الزيادة على الاربع باطل

باب القسم لما فرغ من ذكر النكاح واقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الاحرار والارقاء والكفار وحكمه اللازم له من المهر شرع في حكمه الذي لا يلزم وجوده وهو القسم وذلك لانه انما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه ولا هو ثم القسم بفتح القاف مصدر قسم والمراد التسوية بين المنكوحات ويسمى العدل بينهن وحقيقته مطلقا ممتنعة كما اخبر سبحانه وتعالى

وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا أو ثيبين أو إحداهما بكرا والأخرى ثيبا لقوله عليه السلام من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار

حيث قال ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وقال تعالى فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم بعد إحلال الأربع بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فاستفدنا أن حل الأربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه فعلم إيجابه عند تعددهن وأما قوله صلى الله عليه وسلم استوصوا بالنساء خيرا فلا يخص حالة تعددهن ولا تهن رعية الرجل وكل راع مسئول عن رعيته وأنه في أمر منهم يحتاج إلى البيان لأنه أوجبه وصرح بأنه مطلقا الاستطاع فعلم أن الواجب منه شيء معين وكذا السنة جاءت مجملة فيه روى أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك يعني القلب أي زيادة المحبة وظاهره أن ما عداه مما هو داخل تحت ملكه وقدرته تجب التسوية فيه ومنه عدد الوطآت والقبلات والتسوية فيهما غير لازمة إجماعا وكذا ما روى أصحاب السنن الأربعة والإمام أحمد والحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل أي مفلوج ولفظ أبي داود والنسائي فمال إلى إحداهما على الأخرى فلم يتبين فيها أوامًا في الكتابية من زيادة قوله في القسم والله أعلم بها لكن لا نعلم خلافا في أن العدل الواجب في البيتوتة والتأنيس في اليوم والليلة وليس المراد أن يضبط زمان النهار فيقدر ما عاشر فيه إحداهما فيعاشر الأخرى بقدره بل ذلك في البيتوتة وأما النهار ففي الجملة **قوله** وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما التقييد بحرتين لإخراج ما إذا كانت إحداهما أمة والأخرى حرة ولإخراج الأمتين ثم ظاهر العبارة وليس بجيد فإنه يعطي أنهما إذا لم يكونا حرتين ليس عليه أن يعدل بينهما وليس بصحيح لكن بمعنى العدل هنا التسوية لا ضد الجور فإذا كانتا حرتين أو أمتين فعليه أن يسوي بينهما وإن كانتا حرة وأمة فلا يعدل بينهما أي لا يسوي بل يعدل بمعنى لا يجور وهو أن يقسم للحرة ضعف الأمة فالإبهام نشأ من اشتراك اللفظ **قوله** والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا وهو معنى قوله لا فصل فيما ذكرنا فكان الأولى أن يقال لما ذكرنا يعني من قوله لا فصل الخ يعني أن ما روينا يوجب التسوية بين الجديدة والقديمة وكذلك ما تلونا من الآية فيحتج به على الشافعي رحمه الله في قوله يقيم عند البكر الجديدة أول ما دخل بها سبعا يخصها بها ثم يدور وعند الثيب الجديدة ثلاثا إلا أن طلبت زيادة على ذلك فحينئذ يبطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة لما روي عن أنس رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود إلى أهله أخرجه الدارقطني عنه وروى البزار من طريق أبي أيوب السختياني عن أبي قلابة عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للبكر سبعا وللثيب ثلاثا وعنه قال من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعا ثم قسم وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم رواه الشيخان في الصحيحين وفي صحيح مسلم عن أم سلمة لما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل عليها أقام عندها ثلاثا ثم قال إنه ليس بك هوان على أهلك إن شئت سبعت لك وإن سبعت لك سبعت لنسائي وهذا دليل استثناء الشافعي رحمه الله ما ذكرنا من أنه يسقط حقها ويحتسب عليها بالمدة إن طلبت زيادة على الثلث ولأنها لم تألف صحبته وقد حصل لها في أول الأمر نفرة فكان في الزيادة إزالتها ولنا ما روينا من غير فصل وما تلونا وما ذكرنا من المعنى وهو قوله ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك فلا تفاوت بينهن في القسم وأما المعنى الذي علل به فمعارض بأن تخصيص القديمة أولى لأن الوحشة فيها متحققة وفي الجديدة متوهمة وإزالة تلك النفرة يمكن أن يقيم عندها السبع ثم يسبع للباقيات ولا ينحصر في تخصيصها والله أعلم بالمروي إن لم يكن قطعي الدلالة في التخصيص وجب تقديم الآية والحديث المطلق لوجوب التسوية وإن كان قطعيا وجب اعتبار التخصيص بالزيادة فساما لا يعارض ما روينا وتلونا لأن مقتضاهما العدل وإذا ثبت التخصيص شرعا كان هو العدل فما تراه لم ينحصر في التسوية بل تحقق مع عدمها العارض

في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها والتسوية في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلابد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم **قال** ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رح القرعة مستحقة لما روي ان النبي عليه السلام كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا ترى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة

وبهو رفق احد المرأتين حتى كان العدل ان يكون لاحدهما يوما وللاخرى يومين فليكن ايضا تخصيص الجديدة الوحشة باقامة سبع ان كانت بكرا او ثلث ان كانت ثيبا هذا وكما لا فرق بين الجديدة والقديمة كذلك لا فرق بين البكر والثيب والمسلمة والكتابية والحرتين والمجنونة التي لا يخاف منها والصحيحة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التي يمكن وطيها والمحرمة والمظاهر منها ومقابلتهن وكذلك يستوي وجوبه على العنين والمجبوب والمريض والصبي الذي دخل بامرأته ومقابليهم قال مالك ويدور ولي الصبي به على نسائه لان القسم حق العباد وهو من اهله وصح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما مرض استاذن نساءه ان يمرض في بيت عائشة رض فاذن له **قوله** مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها التشاء يوما يوما والتشاء يومين يومين او ثلثا ثلثا او اربعا اربعا واعلم ان هذا الاطلاق ولا يمكن اعتباره على صرافته فانه لو اراد ان يدور سنة سنة ما نظن اطلاق ذلك له بل لا ينبغي ان يطلق له مقدار مدة الايلاء وهو اربعة اشهر واذا كان وجوبه للتانيس ودفع الوحشة وجب ان تعتبر المدة القريبة واظن اكثر من جمعة مضارة الا ان يرضيا به والله اعلم **قوله** والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط ولا خلاف فيه قال بعض اهل العلم ان تركه لعدم الداعية والانتشار عذر وان تركه مع الداعي اليه لكن داعيته الى الضرة اقوى فهو مما يدخل تحت قدرته فان ادى الواجب منه عليه لم يبق لها حق ولم يلزمه التسوية واعلم ان ترك جماعها مطلقا لا يحل له صرح اصحابنا بان جماعها احيانا واجب ديانة لكنه لا يدخل تحت القضاء والالزام الا الوطية الاولى ولم يقدروا فيه مدة ويجب ان لا يبلغ به مدة الايلاء الا برضاها وطيب نفسها به هذا والمستحب ان يسوي بينهن في جميع الاستمتاعات من الوطي والقبلة وكذا بين الجواري وامهات الاولاد ليحصنهن عن الاشتهاء للزنى والميل الى الفاحشة ولا يجب شيء لانه تعالى قال فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فافاد ان العدل بينهن ليس واجبا هذا واما اذا لم يكن له الا امرأة واحدة فتشاغل عنها بالعبادة او السراري اختار الطحاوي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح ان لها يوما وليلة من كل اربع ليال وباقيها له لان له ان يسقط حقها في الثلث بتزوج ثلث حرائر فان كانت الزوجة امة فلها يوم وليلة في كل سبع وظاهر المذهب ان لا يتعين مقدار لان القسم معنى نسبي وايجابه طلب ايجاده وهو يتوقف على وجود المنتسبين فلا يطلب قبل تصوره بل يؤمر ان يبيت معها ويصحبها احيانا من غير توقيت والذي يقتضيه الحديث ان التسوية في المكث ايضا بعد البيتوتة ففي السنن عن عائشة رض كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضنا على بعض في القسم في مكثه عندنا وكان قل يوم الا يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ الى التي هو في يومها فيبيت عندها وعلم من هذا ان النوبة لا تمنع ان يذهب الى الاخرى لينظر في حاجتها ويمهد امورها وفي صحيح مسلم انهن كن يجتمعن في بيت التي ياتيها والذي يظهر ان هذا جائز برضى صاحبة النوبة اذ قد تتضيق كذلك وتحصر له ولو ترك القسم بان اقام عند احدهن شهرا مثلا امره القاضي بان يستانف العدل لا بالقضاء فان جار بعد ذلك اوجعه عقوبة كذا قالوا والذي يقتضيه النظر ان يؤمر بالقضاء اذا طلبت لانه حق آدمي وله قدرة على ايفائه **قوله** وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر قضى به ابو بكر وعلي رضي الله عنهما وبالقضاء عن علي احتج الامام احمد وتضعيف ابن حزم اياه بالمنهال بن عمرو وبابن ابي ليلى ليس بشيء لانهما ثقتان حافظان ثم اذا كانت الزوجة مدبرة رجل او مكاتبة او ام ولد له فهي كالامة لقيام الرق فيهن **قوله** ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي والقرعة مستحقة لما روى الجماعة من حديث عائشة رض كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه فمن خرج سهمها خرج بها معه مختصرا ومطولا لحديث الافك قلنا ذلك كان استحبابا للتطييب قلوبهن وهذا لان مطلق الفعل لا يقتضي الوجوب فكيف وهو محفوف بما يدل على الاستحباب

وان رضيت احد الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

وذلك انه لم يكن القسم واجبا عليه صلى الله عليه وسلم قال تعالى ترجي من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء ممن ارجى سودة وجويرية وام حبيبة وصفية وميمونة ذكره الحافظ عبد العظيم المنذري وممن آوى عائشة رض والباقيات رضي الله عنهن لانه قد يثق باحدهما في السفر وبالاخرى في الحضر والقرار في المنزل لحفظ الامتعة او لخوف الفتنة او تمنع من سفر احديهما كثرة سمنها فتعيين من يخاف صحبتها في السفر للسفر لخروج قرعتها الزام للضرر الشديد وهو مندفع بالنافي للحرج واما قول المصنف الا ان يرى انه له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة اذ لا يلزم من ان عليه ان لا يسافر باحد ان يكون له ان لا يخص واحدة بالسفر بها لان في ترك السفر بالكل تسوية بخلاف تخصيص احداهن وهذا لان اللازم التسوية حتى انه اذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الاخرى كذلك لا على معنى وجوب ان يبيت عند كل واحدة منهما دائما فانه لو ترك المبيت عند الكل لبعض الليالي والفرد لم يمنع من ذلك **قوله** وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز هذا اذا لم يكن برشوة من الزوج بان زادها في مهرها لتفعل او تزوجها بشرط ان يتزوج اخرى فيقيم عندها يومين وعند المخاطبة يوما فان الشرط باطل لا يحل لها المال في الصورة الاولى فله ان يرجع فيه واما اذا دفعت اليه وحطت عنه مالا ليزيد ها فظاهر انه لا يلزم ولا يحل لها ولها ان ترجع في مالها **قوله** لان سودة بنت زمعة بفتحتين سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها الخ هذا يقتضي انه طلقها قال محمد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة بنت زمعة اعتدي فسألته بوجه الله ان يراجعها ويجعل يومها لعائشة رض لان تحشر يوم القيمة مع ازواجه والذي في الصحيحين لا يتعرض له بل انها جعلت يومها لعائشة رض والذي في المستدرك يفيد عدمه وهو عن عائشة رض قالت سودة حين اسنت وفرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله يومي لعائشة رض فقبل ذلك منها قالت عائشة رض ففيها وفي اشباهها انزل الله تعالى وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح وقال صحيح الاسناد ويوافق ما في الكتاب ما رواه البيهقي عن عروة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق سودة فلما خرج الى الصلوة امسكت بثوبه فقالت والله ما لي الى الرجال من حاجة ولكني اريد ان احشر في ازواجك قال فراجعها وجعل يومها لعائشة رض انتهى وهو مرسل ويمكن الجمع بان كان صلى الله عليه وسلم طلقها رجعية فان الفرقة فيها لا تقع بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة فمعنى قول عائشة رض فرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم خافت ان يستمر الحال الى انقضاء العدة فتقع الفرقة فيفارقها ولا ينافيه بلاغ محمد بن الحسن فانه انما ذكر في الكنايات اعتدي والواقع بهذا الرجعي لا البائن وفرع بعض الفقهاء انها اذا وهبت يومها له فله ان يجعله لمن شاء من نسائه واذا جعلته لضرتها المعينة لا يجوز له ان يجعله لغيرها لان الليلة حقها فاذا صرفته بواحدة تعين وفرعوا اذا كانت ليلة الواهبة تلي ليلة الموهوبة قسم لها ليلتين متواليتين وان كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالي لها الليلتين على قولين للشافعية والحنابلة والاظهر عندي ان ليس له ذلك الا برضا التي تليها في النوبة لانها قد تتضرر بذلك **قوله** ولها ان ترجع قال بعض علماء الحنابلة ليس لها المطالبة به فانه خرج مخرج المعاوضة يعني عن الطلاق وقد سماه الله تعالى صلحا يعني قوله فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا فيلزم كما يلزم ما صولح عليه من الحقوق ولو مكنت من طلب حقها بعد ذلك كان فيه تلخيص الضرر الى اكمل حالته ولم يكن صلحا بل من اقرب اسباب المعاداة والشريعة منزهة عن ذلك انتهى وهو انما يفيد عدم المطالبة بما مضى وبه نقول اذ يستلزم عدم حصول المقصود من شرعية ذلك الاصطلاح عند الاعراض اما فيما بعده فلا لانه لم يجب فكيف يسقط فان قيل يلزم ثبوت الضرر والمعاداة قلنا لم يحرم عليه طريق الخلاص وقد كان يريد طلاقها لولا مصالحته عليه فاذا تخلف ما دفعت به المكروه عنها فله ان يفعل ما كان يريد فعله فيحصل الخلاص والله سبحانه اعلم **فرع** نختم بها كتاب النكاح لا يجوز ان يجمع بين الضرائر الا بالرضا ويكره وطء احديهما بحضرة الاخرى ولها ان لا تجيبه

بالتقييد

بلغت

كتاب الرضاع

قال قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رح لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات

اذا طلبت وله ان يمنعها من اكل ما يتاذى من رائحته ومن الغزل على هذا له ان يمنعها من التزين بما يتاذى بريحه كان يتاذى برائحة الحناء المخضر ونحوه وله ضربها على ترك الزينة اذا كان يريدها وترك الاجابة وهي طاهرة والصلوة وشرطها الا ان تكون في حيضها فليس له جبرها على غسل الجنابة والحيض والنفاس عندنا ويضربها على الخروج من منزله بلا اذن الا ان احتاجت الى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج ان يستفتي لها وهو غير عالم او لم تقع الى الاستفتاء له ان يمنعها عن الخروج الى مجلس العلم والا ان يكون ابوها زمنا وليس له من يقوم عليه مؤمنا كان او كافرا فان عليها ان تعصي الزوج في المنع ولو كان لها ام شابة تخرج الى الوليمة والمصيبة اولغيرهما لا يمنعها ابنها ما لم يتحقق خروجها للفساد فح يرفع الامر الى القاضي فان اذن له بالمنع له منعها القيامة مقامه والله اعلم بالصواب

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا في ابتداء النشاة الا بالرضاع وكان له احكام تتعلق وهو من آثار النكاح المتاخرة عنه بمدة وجب تاخيره الى آخر احكامه قيل وكان ينبغي ان يذكر في المحرمات لكنه افرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه والحق انه ذكر في المحرمات ما يتعلق الحرمة به وانما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحها اربع لغات والرضع الخامسة وانكر الاصمعي الكسر مع الهاء وفعله في الصحيح من حد علم لكن واهل نجد قالوا من باب ضرب وعليه قول السلولي يذم علماء زمانه وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها ثم قيل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد وانما عمله بعض اصحابه ونسبه اليه ليروجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد ابو الفضل في مختصره المسمى بالكافي مع التزامه ايراد كلام محمد في جميع كتبه محذوفة التعاليل وعامتهم على انه من اوائل مصنفاته وانما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما اورده من ذلك في كتاب النكاح وهو في اللغة مص اللبن من الثدي ومنه قولهم لئيم راضع اي يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة ان تسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفي الشرع مص الرضيع اللبن من ثدي الآدمية في وقت مخصوص اي مدة الرضاع المختلف في تقديرها **قوله** قليل الرضاع وكثيره اذا تحقق في مدة الرضاع تعلق به التحريم وبه قال مالك ولو شك فيه بان ادخلت الحلمة في فم الصغير وشكت في الارتضاع لا تثبت الحرمة بالشك وهو كما لو علم ان صبية ارضعها امراة من قرية ولا يدري من هي فتزوجها رجل من اهل تلك القرية صح لانه لم يتحقق المانع من خصوصية امراة والواجب على النساء ان لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة واذا ارضعن فليحفظن ذلك وليشهرنه وليكتبنه احتياطا وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات مشبعات في خمسة اوقات متفاصلة عرفا وعن احمد روايتان كقولنا وكقوله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان الحديث رواه مسلم في حديثين صدره حديث عائشة رض انه صلى الله عليه وسلم قال لا تحرم المصة والمصتان وآخره عن ام الفضل بنت الحارث قالت دخل اعرابي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني كانت لي امراة فتزوجت عليها اخرى فزعمت امراتي الاولى انها ارضعت الحدثى رضعة او رضعتين فقال صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة والاملاجتان واخرجه ابن حبان في صحيحه حديثا واحدا عن عبد الله بن الزبير عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان فقول الشارح في قوله ولا الاملاجة والاملاجتان انه لم يثبت في كتب الحديث ليس بصحيح والاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة والاملاج الارضاع واملجته ارضعته وملج هو امه رضعها وهذا الحديث لا يصلح لاثبات مذهبه وقيل يمكن ان يثبت به مذهبه بطريق هو ان المصة داخلة في المصتين فحاصله لا تحرم المصتان ولا الاملاجتان فنفى التحريم عن اربع فلزم ان يثبت بخمس وهذا ليس بشيء اما اولا فلان مذهبه ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس مشبعات في اوقات واما ثانيا فلان المصة فعل الرضيع والاملاجة الارضاعة فعل المرضعة فحاصل المعنى انه صلى الله عليه وسلم نفى كون الفعلين محرمين منه ومنها وعلى هذا فالتحقيق انه لا ياتي حديثا واحدا

لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان

لان الاملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع فنفى تحريم الاملاج نفى تحريم لازمه فليس الحاصل من لا تحرم الاملاجتان الا لا تحرم لازمهما اعني المصتين فلو جمعا في حديث واحد كان الحاصل لا تحرم المصتان لا المصتان فلزم ان لا يصح ان يراد الا المصتان لا الاربع فان قلت فقد ذكرته انفا حديثا واحدا في صحيح ابن حبان من رواية ابن الزبير عن ابيه قلت يجب كون الراوي وهو الزبير اراد ان يجمع بين الفاظه صلى الله عليه وسلم التي سمعها منه في وقتين كانه قال قال صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان وقال ايضا لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان وقيل بطريق آخر وهو انه ناف لمذهبنا فيثبت به مذهب لعدم القائل بالفصل وليس كذلك فانه قال بالفصل ابو ثور وابن المنذر وداود وابو عبيد وهو لا ائمة الحديث قالوا المحرم ثلث رضعات اللهم الا ان لا يعتبر قولهم وفيه نظر لقوة وجه بالنسبة الى وجه قول الشافعي رح وذلك الذي اثبت به مذهبه ما في مسلم عن عائشة رض قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهي فيما يقرأ من القرآن قالوا هذا يدل على قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه كان يقرأها وهو لا يستقيم الا على ارادة نسخ الكل والا لزم ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ وعدمه كما عن الروافض والا لوجب ان يتلى خمس رضعات الخ فدار الامر بين الحكم بنسخ الكل لعدم التلاوة الآن فينبغي توقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات وعدمه فيثبت قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تثبته الصحابة رض واذا بطل التمسك به وان كان اسناده صحيحا لانقطاعه باطنا وثبت نفي تحريم المصة والمصتان والرضاع محرم وجب التحريم بالثلث وما روي عنها انه كان في صحيفة تحت سريري فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت دواجن فاكلتها لا ينفي ذلك النسخ يعني كان مكتوبا ولم يغسل بعد للنسخ حتى دخلت الدواجن والا فالقرآن لا يجوز الزيادة فيه ولا النقص بعده صلى الله عليه وسلم قال تعالى انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون ما قيل ليكن لنسخ الكل ويكون لنسخ التلاوة مع بقاء الحكم وان هذا انما الجواب عنه فليس بشيء لان ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج الى دليل والا فاصله ان نسخ الدال يرفع حكمه واما ما نظر به من الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما فلولا ما علم بالسنة والاجماع لم يثبت به فاذا احتاج الى ثبوت كون المحرم الخمس ولم يكن هذا الحديث مثبتا له فالدليل عليه مستانف وما ذكرناه اولا قد سمعت ما فيه فحينئذ تمسكهم في الثلث اظهر من تمسك في الخمس نحن الى جوابه احوج فكيف لا يعتبر نعم احسن الادلة حديث عائشة رض في مسلم وغيره قالت جاءت سهلة بنت سهيل امرأة ابي حذيفة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني ارى في وجه ابي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه فقال صلى الله عليه وسلم ارضعي سالما خمسا تحرمي بها عليه الا ان مسلما لم يذكر عددا وكذا السنن المشهورة بل نقل في مسند الشافعي رح مخالفا لها على ما فيه والجواب ان التقدير مطلقا منسوخ صرح بنسخه ابن عباس رضي الله عنه حين قيل له ان الناس يقولون ان الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ وعن ابن مسعود رض قال آل امر الرضاع الى ان قليله وكثيره يحرم وروي عن ابن عمر رض ان القليل يحرم وعنه انه قيل له ان ابن الزبير رض يقول لا باس بالرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير قال تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة فهذا اما ان يكون رد الرواية لنسخها او عدم صحتها او لعدم اجازته تقييد لاطلاق الكتاب بخبر الواحد فانه تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل وهذا ما قال المصنف رح ما رواه مردود بالكتاب ومنسوخ به ثم الذي يحرم في حديث سهلة انه صلى الله عليه وسلم لم يرد ان يشبع سالما خمس رضعات في خمس اوقات متفاصلات جائعا لان الرجل لا يشبعه من اللبن رطل ولا رطلان فاين تجد الآدمية في ثدييها قدر ما يشبعه هذا محال عادة فالظاهر ان معدود خمس فيه المصات ثم كيف جاز ان يباشر عورتها بشفتيه فلعل المراد

ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع لما بينا ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح وقال زفر رح ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال النبي عليه السلام لا رضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب

ان تجلب شيئا بمقداره ومقدار خمس مصات فيشعر به والا فهو مشكل هذا وهو منسوخ من وجه آخر ايضا كما سياتي بيانه والله اعلم **قوله** قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم تقدم في استدلال ابن عمر رض واما قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحديث في الصحيحين مشهور **قوله** ولان الحرمة وان كانت بشبهة البعضية جواب سؤال هو ان الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشو الكائن منه وذلك لا يتحقق بادنى شيء اجاب بان ذلك حكمه لانه خفي والاحكام لا تتعلق بها لخفائها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع فلو قال الظاهر لا بد من كونه مظنة للحكمة ومطلقه ليس مظنة النشو فلا يتعلق التحريم به قلنا ولا يتوقف النشو على خمس مشبعات بل واحدة تفيده فالتعليق بخمس زيادة تستلزم تاخير الحرمة عن وقت تعلقها والحق ان الرضاع وان قل يحصل به نشو بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة الى الصغير وقولنا قول جمهور الصحابة رض منهم علي وابن مسعود رض اسند الرواية عنهما النسائي وابن عباس رض وجمهور التابعين هذا والاولى ان يقال للبعضية لان الحرمة بشبهة البعضية واقامة السبب مقام المسبب انما هي حرمة المصاهرة اما في الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هي المحرمة لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن في الجوف قبل استحالته كان المحرم شبهتها اي بالايل الى الجزئية وينبغي ان يكون الارضاع الموجب للتحريم في مدة الرضاع على ما بينا في المسئلة التي تليها

قوله ثم مدة الرضاع التي اذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح ومالك واحمد رح وقال زفر رح ثلثة احوال وعن مالك سنتان وشهر وفي اخرى شهران وفي اخرى ما دام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه وقال بعضهم لا حد له للاطلاقات فيوجب التحريم ولو في حال الكبر وعن بعضهم الى خمسة عشر سنة وقال آخرون الى اربعين سنة ولا عبرة بهذين القولين **قوله** لان الحول حسن الخ هذا وجه قول زفر رح وحاصله انه لا بد من مدة يتعود فيها الصبي غير اللبن لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبي لتغير الغذاء والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة فقدر بالسنة وهذا هو المراد بقوله لما نبين اي في دليل ابي حنيفة رح ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين رواه الدار قطني عن ابن عباس رض يرفعه بلفظ لا رضاع الا ما كان في حولين وظاهر ان المراد نفي الاحكام وقال لم يسنده عن ابن عيينة الا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ انتهى وكذا وثقه احمد رح والعجلي وابن حبان وغير واحد وروي موقوفا على ابن عباس رض بلا ريب اخرجه ابن ابي شيبة موقوفا على ابن مسعود وعلي والدار قطني على عمر رض واظهر الادلة لهما قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام ولابي حنيفة رح هذه الآية ووجهه انه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحدة منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين على شخصين بان قال اجلت الدين الذي لي على فلان والدين الذي لي على فلان سنة يفهم منه ان السنة بكمالها لكل او على شخص فيقول لفلان علي الف درهم وعشرة اقفزة الى سنة فصدقه المقر له في الاجل فاذا مضت السنة تم اجلهما جميعا الا انه قام المنقص في احدهما يعني في مدة الحمل وهو قول عائشة رض الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل وفي رواية ولو بقدر ظل مغزل ومثله لا يقال الا سماعا لان المقدرات لا يهتدي العقل اليها وتخريجه في موضعه ان شاء الله تعالى وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين فتبقى مدة الفصال على ظاهرها غير ان هذا يستلزم كون لفظ ثلثين مستعملا في اطلاق واحد في مدلول ثلثين وفي اربعة وعشرين وهو الجمع بين الحقيقي والمجازي بلفظ واحد وكونه بالنسبة الى شيئين لا ينفي كونه كذلك وهو الممتنع والا لم يمتنع لانه ما من جمع الا بالنسبة الى شيئين واشكال آخر وهو ان اسماء العدد لا تجوز لشيء منها في الآخر نص عليه كثير من ...

قال وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولأن الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة إذ الكبير لا يتربى به

لأنها بمنزلة الأعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة ضعف ثمانية عشر بلا تنوين وممن ذكره صاحب النهاية في فصل المشيئة من كتاب الطلاق لأنه تقتضي أن نحو عشرة إلا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فأخرج ثم أسند إلى ثمانية وهو قول طائفة من الأصوليين مطلقا ومختار طائفة من المشايخ فيما إذا كان استثناء من عدد منهم شمس الأئمة وفخر الإسلام والقاضي أبو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه في الأصول ويمكن أن يستدل لأبي حنيفة رحمه الله بقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الآية بناء على أن المراد بالوالدات المطلقات بقرينة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فإن الفائدة في جعلها نفقتها من حيث هي ظئر أوجه منها في اعتباره إيجاب نفقة الزوجة لأن ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة ومن قوله تعالى لينفق ذو سعة الآية ولأن نفقتها لا تختص لكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجية بخلاف اعتبارها نفقة الظئر يكون حينئذ أجرة لها لأن النفقة باعتبارها ظئرا غير زوجة لا يكون إلا أجرة لها واللام من لمن أراد متعلق بيرضعن أي يرضعن للآباء الذين أرادوا إتمام الرضاعة وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف أجرة لهن في الحولين وإذا كانت الواو من وعلى المولود له للحال من فاعل يتم كان أظهر في تقييد الأجرة المستحقة على الآباء أجرة للمطلقة لحولين وغاية ما يلزم أنه كان مقتضى الظاهر أن يقال وعليه أي عليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوبا إليه إذ النسبة إلى الآباء والحاصل حينئذ يرضعن حولين لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاعة وبالأجرة وهذا لا يقتضي أن انتهاء مدة الرضاعة مطلقا بالحولين بل مدة استحقاق الأجرة بالإرضاع ثم يدل على بقائها في الجملة قوله تعالى فإن أرادا فصالا عطفا بالفاء على يرضعن حولين فعلق الفصال بعد الحولين على تراضيهما وقد يقال كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع المحرم بعد الحولين فأين الدليل على انتهائها بستة أشهر بعدهما بحيث لو ارضع بعدها لا يقع التحريم وما ذكر في وجه زيادتها لا يفيد سوى أنه إذا أريد الفطام يحتاج إليها ليعود إليها غير اللبن قليلا قليلا لتعذر نقله دفعة فأما أنه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعا فليس بلازم مما ذكر من الأدلة ولا شك أن الشرع لم يحرم إطعامه غير اللبن قبل الحولين ليلزم زيادة مدة التعود عليها فجاز أن يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائها فيفطم عنده من اللبن بمرة فليس الزيادة بلازمة في العادة ولا في الشرع فكان الأصح قولهما وهو مختار الطحاوي وقول زفر على هذا أولى بالبطلان وهو ظاهر جدا فقوله تعالى فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور المراد قبل الحولين فإنه موضع التردد في أنه يضر بالولد أو لا فيتشاوران ليظهر وجه الصواب فيه وأما ثبوت الضرر بعد الحولين فقبل أن يقع به من حيث أنه فطام بل إن كان فمن جهة أخرى فيمنعه العمومات المانعة من إدخال الضرر على غير المستحق له **قوله** وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم فطم أو لم يفطم حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافا لمن قال بالتحريم أبدا للإطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به وهو مروي عن عائشة رضي الله عنها وكانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أو بعض بنات أختها أن ترضعه خمسا ولحديث سهلة المتقدم والجواب أن هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين يفيد اتفاقهم عليه فمنها ما قدمناه في استدلالهما من قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع إلا ما كان في حولين وقدمنا تخريجه مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين ومنها ما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد الفصال والمراد نفي الحكم لأنه قد ثبتت هويته بعده ومنها ما في الترمذي من حديث أم سلمة أنه صلى الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام قال الترمذي حديث صحيح وفي سنن أبي داود من حديث ابن مسعود يرفعه لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم يروى بالراء المهملة أي أحيا ومنه قوله تعالى ثم إذا شاء أنشره وبالزاي رفعه وبالزيادة الحجم يرتفع وفي الصحيحين عن عائشة رض دخل على رسول الله

ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رح اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي **قال** ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطي امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع

صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فقال يا عائشة رض من هذا قلت اخي من الرضاعة فقال يا عائشة رض انظرن من اخوانكن فان الرضاعة من المجاعة يعني اعرفن اخوانكن بخشية ان يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الكبر فان قلت عرف من اصلكم ان عمل الراوي بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر ويكون بمنزلة روايته للناسخ وحديث الصحيحين وهو قوله انما الرضاعة من المجاعة روته عائشة رض وعملها بخلافه فيكون محكوما بنسخ كون الرضاع الكبير محرما قلنا المعنى انه اذا لم يعرف من الحال سوى انه خالف مرويه حكمنا بانه اطلع على ناسخه في نفس الامر ظاهرا لان ظاهره لا يخطى في ظن غير الناسخ ناسخا اما قطعا فلو تحقق في خصوص محل بان علم بخلاف مرويه كان لخصوص دليل علمناه وظهر للمجتهد غلطه في استدلاله بذلك الدليل لا شك انه لا يكون مما يحكم فيه بنسخ مرويه لان ذلك ما كان الا احسان الظن بنظره فاما اذا تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رايه وفي الموطا والسنن لابي داود عن يحيى بن سعيد ان رجلا سال ابا موسى الاشعري فقال اني مصصت من امراتي من ثديها لبنا فذهب في بطني فقال ابو موسى لا اراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ما يفتي به الرجل فقال ابو موسى فما تقول انت فقال عبد الله لا رضاعة الا ما كان في حولين فقال ابو موسى لا تسالوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم فهذه رواية الموطا فرجوعه اليه بعد ظهور النصوص المطلقة وعدم افتائه بالحرمة لا يكون الا ليذكره الناسخ له او لتذكره عنه وغير عائشة رض من نساء النبي صلى الله عليه وسلم يابين ذلك ويقولون لا نرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسهلة خاصة ولعل سببه التضمن مما يخالف اصول الشرع حيث يستلزم مسه عورتها بشفتيه فحكمن بان ذلك خصوصية وقيل الشبه انه ثم نسخ وفي الموطا عن ابن عمر رض جاء رجل الى عمر بن الخطاب رض فقال كانت لي وليدة فكنت اصيبها فعمدت امراتي اليها فارضعتها فدخلت عليها فقالت دونك قد والله ارضعتها فقال عمر رض ارجعها وائت جاريتك فانما الرضاعة رضاعة الصغر **قوله** ولا يعتبر الفطام قبل المدة حتى لو فطم قبل المدة ثم ارضع فيها ثبت التحريم الا في رواية عن ابي حنيفة رح انه اذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفي بغير اللبن لا تثبت الحرمة اذا ارضع فيها رواها الحسن عنه رح في واقعات الناطفي الفتوى على ظاهر الرواية انها تثبت ما لم تمض اقامة للمظنة مقام المئنة فان ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء وهل يباح الارضاع بعد المدة قيل لا لانه جزء الآدمي فلا يباح الانتفاع به الا للضرورة وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوي واهل الطب يثبتون للبن البنت اي الذي نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين واختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد ولا يخفى ان حقيقة العلم متعذر فالمراد اذا غلب على الظن والا فهو معنى المنع **قوله** ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه وهو بهذا اللفظ **قوله** الا ام اخته من الرضاع يصح اتصال من الرضاع بكل من الام والاخت وبهما من جهة المعنى فالاول ان يكون للرجل اخت من النسب لها ام من الرضاعة لم تكن ارضعته تحل له والثاني ان يكون له اخت من الرضاعة لها ام من النسب تحل له جهة الرضاعة اذا لم تكن هي المرضعة والثالث ان ترضع الصبي والصبية امراة وللصبية ام اخرى من الرضاع تحل للصبي تلك الام اما من جهة الصناعة فانما يتعلق بالام حالا منه لان الام معرفة فيجي الجار والمجرور حالا منه لا متعلقا بمحذوف وليس صفة لانه معرفة اعني ام اخته بخلاف اخته لانه مضاف اليه وليس فيه شيئا من مسوغات مجي الحال منه ومثل هذا يجي في اخت ابنه ولو قال اخت ولده كان اشمل فالاول له ابن من النسب له اخت من الرضاعة بان ارتضع مع اجنبية من لم تكن امراة ابيه حلت لابيه لانها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيبته والثاني له ابن من الرضاع بان ارتضع زوجة الرجل حلت للرجل اخته من النسب والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرنا له اخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بان ارتضع ذلك الولد امراتين حلت اخته الاجنبية من الرضاعة وعلل استثناء الاول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذي هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد تعليله الحرمة في ام اخته

وامرأة ابيه او امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني

من النسب بكونها امه او موطوءة ابيه وكذا في تعليله اخراج اخت ابنه من الرضاع بقوله لم يوجد هذا المعنى في الرضاع بعد تعليله حرمة اخت الابن من النسب بقوله لانه لما وطئ امها حرمت عليه انما اقتصر على هذا بناء على انها ليست ابنته لوضوح الشق الآخر فافاد بالتعليلين ان المحرم في الرضاع وجود المعنى المحرم في النسب فيما يليه اذا انتفى في شيء من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد انه لا حصر فيما ذكر وقد ثبت لذلك الانتفاء في صور اخرى الاولى ام النافلة من الرضاع بان ارضعت نافلتك اجنبية يجوز التزوج بها لانتفاء سبب التحريم في النسب وهي كونها بنتا او حليلة الابن الثانية جدة ولدك من الرضاع بان ارضعت ولدك اجنبية لها ام يجوز تزوجك بالام لانها ليست امك ولا ام زوجتك ام العم من الرضاع وام الخال من الرضاعة وكذا اخت ولدك لانها من النسب اختك وليست اختا من الرضاع وكذا المرأة يحل لها ان تتزوج بابي اختها من الرضاع وبابي ولدها وباخي حفيدها بامه وبجد ولدها بامه وخاله ولا يجوز ذلك كله في النسب لما قلنا في حق الرجل وقد جمعت في قوله يفارق النسب الرضاع في صور كام نافلة وجدة الولد وام عم واخت ابن وام اخ وام خال وعمة ابن اعتمد واستشكل الحاق ام العم وام الخال باعتبارهما ان يكون كل منهما جدته من الرضاع او موطوءة جده من الرضاع وكلاهما محرم في النسب الا ان اراد بالعم من الرضاع من رضع مع ابيه وبالخال من رضع مع امه وله ام اخرى من النسب او الرضاع فح يستقيم ولقائل ان يمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع اباه ولا امه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جده بل اجنبية ارضعت عمه من النسب وخاله ثم قال طائفة هذا الاخراج تخصيص للحديث اعني يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بدليل العقل والمحققون على انه ليس تخصيصا لانه احال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب وما يحرم بالنسب هو ما تعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الامهات والبنات واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت فما كان من مسمى هذه الالفاظ متحققا في الرضاع حرم فيه والمذكورات ليس شيء منها مسمى تلك فكيف يكون مخصصة وهي غير متناولة وكذا اذا لم يتناول الاسم في النسب جاز النكاح كما اذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما ان يتزوج بنت الآخر وان كانت اخت ولده من النسب وانت اذا تحققت مناط الاخراج امكنك تسمية صور اخرى والاستثناء في عبارة الكتاب على هذا يجب ان يكون منقطعا اعني قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا ام اخته الخ وعلى هذا في الاستدلال على تحريم حليلة الاب والابن من الرضاع بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مشكل لان حرمتها ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية فان المحرمات من النسب سبع وهن اللاتي عددناهن آنفا كما في آية المحرمات وما بعدهن فيها المحرمات بالرضاع والصهرية ومقتضى الحديث ان ما كانت من الرضاعة اما او بنتا او اختا او بنت اخ الخ تحرم فاثبات تحريم حليلة كل من الاب والابن من الرضاع حينئذ قوله بلا دليل بل الدليل يفيد حلها وهو تقييد الاصلاب في الآية وكونه لاخراج حليلة المتبنى لا ينفي ان يكون لاخراج حليلة الاب والابن من الرضاع احتياطا لذلك فكان لاخراجهما ايضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يوفر على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه بخلاف حرمة الجمع بين الاختين من الرضاع فان الحديث مذكور يفيد منعه لانه يحرم من النسب الجمع بين الاختين منه فكذا الجمع بين اختين من الرضاع فان قلت فليثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية فان الجواب ان الجزئية المعتبرة في حرمة الرضاع هي الجزئية الكائنة عن انشاز العظم وانبات اللحم لا مطلق الجزئية الكائنة وهذه ليست الجزئية الكائنة في حرمة المصاهرة اذ لا انبات اللحم من المني المنصب في الرحم لانه غير واصل من الاعلى فهو بالحقنة اشبه منه بالشرب بحيث يخرج كلها شيئا فشيئا لا يبقى منها شيء ولا يستحيل الى جوهر الانسان كما يخرج المني ولهذا فلا يبقى منه في المرأة شيء يستحال الى جوهرها **قوله** وامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب اي كما لا يجوز تزوج امرأة ابيه وابنه من النسب كذا لا يجوز تزوج امرأة ابيه وابنه من الرضاع فان قيل ذكر الاصلاب في آية المحرمات يخرجها اجيب بانها نزلت لاسقاط طعنهم بسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم زوجة المتبنى فالقيد لاسقاط حرمة زوجة المتبنى

على ما بيناه ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج
الذي نزل لها منه اللبن ابا للرضيعة وفي احد قولي الشافعي رح لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن
بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج
عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة
احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه
من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها

ان يقال ثم من اين يثبت تحريمها فيجاب بعموم حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد علمت ما في الجوابين ومن فروعها فرع لطيف هو رجل
زوج امة له من رضيع ثم اعتقها فاختارت نفسها ثم تزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاءت بلبن الرضيع الذي كان زوجها فارضعته حرمت على زوجها
لان الصغير صار ابنا له فلو بقي النكاح صار متزوجا بامرأة ابنه من الرضاعة قوله على ما بيناه اي في فصل المحرمات قوله ولبن الفحل هو من اضافة
الشيء الى سببه يتعلق به التحريم يعني اللبن الذي نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج او سيد يتعلق به التحريم بين من ارضعته وبين ذلك الرجل
بان يكون ابا للرضيع فلا تحل له ان كانت صبية لانه ابوها ولا لاخوته لانهم اعمامها ولا لآبائه لانهم اجدادها ولا لاعمامه لانهم اعمام الاب و لا
لاولاده وان كانوا من غير المرضعة لانهم اخوتها لابيها ولا لابناء اولاده لان الصبية عمتهم واذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فمنها اولى
فلا تتزوج ابوها لانه جدها لامها ولا اخاها لانه خالها ولا عمها لانها بنت اخيه ولا خالها لانها بنت اخته ولا ابنائها وان كانوا من غير صاحب اللبن لانهم
اخوتها لامها ولو كان لرجل زوجتان ارضعت كل منهما بنتا لا تحل لرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان من الرضاع لاب بخلاف ما لو تزوجت
برجل وهي ذات لبن لآخر قبله فارضعت صبية فانها ربيبة للثاني وبنت للاول فيحل تزوجها بابناء الثاني وبناته ولو كان المرضع صبيا حل له
تزوجه ببناته هذا ما لم تلد من الثاني فاذا ولدت من الثاني فان ارضعت رضيعا فهو ولد للثاني وان حبلت من الثاني وهي ذات لبن من الاول فما
يلد اللبن من الثاني فالرضيع ابنه ولد الاول عند ابي حنيفة رح وثبتت منه الحرمة خاصة وعند محمد رح ولد لهما فتثبت الحرمة من الزوجين وقال ابو يوسف رح
ان علم ان اللبن من الثاني بامارة كزيادة فهو ولد الثاني والا فهو ولد الاول وعنده ان كان اللبن من الاول غالبا فهو له وان كان من الثاني غالبا فهو
للثاني وان استويا فلهما ويقول ابي حنيفة قال الشافعي رح في الجديد وقد حكى الخلاف هكذا ان زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الاول عند ابي حنيفة رح و
وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقا النسب بقول محمد فيما اذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيها وبخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فارضعت به ثم جف
لبنها ثم در لها فارضعت به صبية فان لولد زوج المرضعة من غيرها التزوج بهذه الصبية لان هذا ليس لبن الفحل ليكون هو ابا لها كما لو لم تلد من الزوج
اصلا او نزل لها لبن فانه لا يثبت بارضاعها تحريم بين ولد زوجها ومن ارضعته لانه ليس لبنه لان نسبته اليه بسبب الولادة منه فاذا انتفت انتفت النسبة
وكان كلبن البكر ولبن الزنى كالحلال فاذا ارضعت به بنتا حرمت على الزاني وآبائه وابنائه وابناء ابنائهم وان اختلفوا ففي التجنيس من علامة اجناس
الناطفي عن الشيخ ابي عبد الله الجرجاني كان يقول في الدرس لا يجوز للزاني ان يتزوج بالصبية المرضعة ولا لابيه ولا لاجداده ولا لاحد من اولاده
واولادهم ولعم الزاني ان يتزوج بها كما يجوز له ان يتزوج بالصبية التي ولدت من الزاني لانه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على آباء
الزاني واولاده لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم واذا ثبت هذا في حق المتولد من الزنى فكذا في حق المرضعة بلبن الزنا قال في
الخلاصة وكذا لو لم تحبل من الزنا وارضعت لا بلبن الزاني تحرم على الزاني كما تحرم بنتها عليه من النسب ذكر الولوالجي ان الحرمة تثبت من جهة الام خاصة
ولا تثبت من الاب وكذا ذكر الاسبيجابي وصاحب الينابيع وهو اوجه لان الحرمة من الزنا للبعضية وذلك في الولد نفسه لانه مخلوق من مائه دون
اللبن اذ ليس اللبن كائنا عن منيه لانه فرع التغذي بخلاف الولد والتغذي لا يقع الا بما يدخل من اعلى المعدة لا من اسفل البدن كالحقنة فلا اثبات
فلا حرمة بخلاف ثابت النسب لان النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اثبت الحرمة وبه يستدل على ابطال قول ضعيف
للشافعي انه لا تثبت الحرمة من الزوج وينقل عن بعض الصحابة رض لانه لا جزئية بين الرجل وبين مرضعة زوجته ولانه لو نزل للرجل لبن فارضعته صغيرة حلت له

وكل صبيين اجتمعا على ثدي امرأة واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت لانه اخوها او لا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر بمقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رض قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رح ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل

فكيف تحريم بلبن هو سبب لبعد فيه ولنا النظر المذكور وما روي عن عائشة رض في الصحيحين ان افلح اخا ابي القعيس استاذن علي بعد ما انزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى استاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم وان اخا ابي القعيس ليس هو ارضعني وانما ارضعتني امراة ابي القعيس فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان الرجل ليس هو ارضعني ولكن ارضعتني امراته فقال ائذني له فانه عمك تربت يداك وفي رواية تربت يمينك الى غير ذلك من الاحاديث الشاهدة بالحكم المذكور بحيث تتضاد معها ذلك المعقول على انه قد قيل انه لا يتغذى الولد به واما لبن الرجل فينكره المصره واذا ترجح عدم حرمة الرضيعة بلبن الزاني على الزاني كما ذكرنا فعدم حرمتها على زان ليس اللبن منه اولى بخلاف ما في الخلاصة ولكن يخالف المسطور في الكتب المشهورة اذ يقتضي تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بالطريق الاولى وتقدم البحث في دلالة حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب على حرمة الرضيعة من الزاني قوله ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف الحرمة اليه احتياطا كالمصاهرة وانت علمت الفرق بل حقيقة الحال ان حقيقة البعضية متثبت بين المرضعة والرضيع فاثبت حرمة الابنية ثم انتشرت لوازم تحريم الولد قوله وكل صبيين يريد صبيا وصبية فغلب المذكر في التثنية كالقمرين وهو احد اسباب التغليب كالخفة في العمرين فان عمر اخف من ابي بكر ولو ثني بكنى ابي بكر رض فعند البصريين يكتفى بتثنية المضاف فيقال ابوا بكر والكوفيون يثنون الجزئين فيقولون ابوا البكرين والشهرة كالاقرعين للاقرع بن حابس واخيه قوله ولا تزوج المرضعة بفتح الضاد تورث ويجوز كونها فاعلا فينصب احدا ومفعوله فيرفع وما في الكتاب ظاهر ولا فرق بين كون ولد التي ارضعت رضيع مع المرضعة او كان سابقا عليه بسنين كثيرة او مسبوقا بارتضاعها بان ولد بعده بسنين وكذا لا يتزوج اخت المرضعة لانها خالته قوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رح فان الاصح انه اذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم والا فلا وكذا الخلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مائع او جامد واعتبر بالكسارة في جميع ذلك ان يكون اللبن مستهلكا قوله هو اي الشافعي رح يقول انه اي اللبن على ظاهر نقل المصر عنه وعلى ما هو الاصح فمرجع الضمير القدر المحرم فيه موجود فيه حقيقة فيستلزم حكمه من التحريم قوله ونحن نقول حاصله القياس على اليمين على ان لا يشرب لبنا فانه لا يتعلق الحنث بشربه مغلوبا بالماء لان الظاهر حكم الغالب فكذا في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك والظاهر ان حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا الا عدم تعلق التحريم لاختلاف حكم الاصل والفرع لانه في الاصل حرمة الشرب بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى وفي الفرع احل الشرب والسقي غير انه تترتب عليه حرمة النكاح ورح للشافعي رح ان يقول ان هناك فارق فهو بناء الايمان على العرف والعرف لا يعتبر المغلوب فلا يقال لشارب ما فيه لبن مغلوب شربت لبنا الا ان يقال مخلوطا فيقيد ونه واما ما نحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مدفع لهذا الا ان يقال انه اذا كان مغلوبا بالماء فيكون غير منبت لذهاب قوته ولا عبرة بالمظنة عند تحقق الخلو عن المنبت هذا اذا اختلط بالماء اما لو اختلط بالطعام ففي المسئلة التي ذكرنا عقيب هذه وقولهما فيه كقولهم في الاختلاط بالماء فعند ابي حنيفة رح لا يتعلق به تحريم وان غلب اللبن هذا اذا لم تمسه النار اما ان طبخ فلا تحريم مطلقا بالاتفاق لهما ان العبرة للغالب فصار كالماء اذا لم يغيره شيء عن حاله وعن ابي حنيفة رح ان الطعام اصل واللبن تابع فيما هو المقصود وهو التغذي وهذا لان خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع الا بعد تعوده بالطعام وتغذيه به وعند ذلك يقل تغذيه باللبن وتشوه منه فقد اجتمع في جوفه ما ينبت واحد بها اكثر وهو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم فان قيل فرض المسئلة ان اللبن غالب في القصعة اما عند وقع اللقمة فاكثر الواصل الى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن ان غلب واثبتنا الحرمة ثم قال المصر لا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح

وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف ره لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر ره يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة ره في هذا روايتان واصل المسألة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو فيثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي ره هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطيها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيميما اما الحرمة في الوطي لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا

احتراز من قول من قال من المشايخ ان عدم اثبات ابي حنيفة ره الحرمة واللبن غالب هو اذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة اما معه فتحرم اتفاقا لان تلك القطرة اذا وصلت الجوف اثبتت التحريم والصحيح اطلاق عدم الحرمة لان التغذي ح بالطعام والتغذي مناط التحريم **قوله** فان اختلط اي اللبن بالدواء حاصله انه كالماء ان اللبن اذا كان غالبا مع الدواء نظير قصد ان الدواء لتنفيذه وعلى هذا اذا اختلط بالدهن او النبيذ تعلق به التحريم سواء اوجر بذلك او سعط **قوله** واذا اختلط اللبن بلبن شاة فان كان الغالب لبن الآدمية تعلق التحريم بشرب الصغيرة اياه او لبن الشاة لا يتعلق به تحريم لان لبن الشاة لما لم يكن له اثر في اثبات الحرمة والتحريم كان كالماء فيعتبر الغالب وان تساويا اوجب ثبوت الحرمة لانه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا **قوله** واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف ره وبه قال الشافعي ره وقال محمد ره تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر وعن ابي حنيفة ره روايتان رواية كقول ابي يوسف ره ورواية كقول محمد ره وجه قول ابي يوسف ره جعل الاقل تابعا للاكثر ووجه قول محمد ره ان الجنس لا يغلب جنسه فلا يستهلك فيه فلم يكن شيء منهما تبعا للآخر فيثبت التحريم من كل استقلالا قال واصل المسألة في الايمان اذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى فشربه ولبن البقرة المحلوف عليها مغلوب ففي النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بينا وقال الشارح عند محمد ره يحنث وعندهما لا يحنث ولا يخفى انه انما يكون اصلا للخلاف اذا كان على ما في النهاية وكان ميل المص الى قول محمد ره حيث اخر دليله فان الظاهر ان من تاخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر واصله ان السكوت ظاهر في الانقطاع ورجح بعض المشايخ قول محمد ايضا وهو ظاهر **قوله** واذا نزل للبكر لبن يتعلق به التحريم لاطلاق النص لانه سبب النشو وعليه الاربعة الا في رواية عن الشافعي ره ورواية عن احمد لانه نادر فاشبه لبن الرجل قلنا ندرة الوجود لا تمنع عمل الدليل اذا وجد وسنذكر تتمته **قوله** واذا حلب لبن امرأة بعد موتها فاوجر به صبي تعلق به التحريم وبه قال مالك واحمد ره خلافا للشافعي ره هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى به الحرمة الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا اي لعدم المحلية لا يوجب وطيها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب الجزئية وحاصله ان الفارق بين الاجماعية وهي ما اذا كانت حية والخلافية وهي ما اذا كانت ميتة وهو موتها الا ان حيوتها ليس جزء السبب لتنتفي الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكمة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وانشز العظم وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة وموتها غير مانع لان مانعيته ان اضيف الى انتفاء محليتها فلا نسلم لانا منعناه لثبوت بعضها كما لو تزوج رجل بهذه الصبية في الحال حل له دفن الميتة وتيممها لانها محرمة ام زوجته وايضا بالنسبة الى غيرها حتى لا يجوز له الجمع بين الرضيعة وبنت الميتة لانهما اختان او بالنسبة الى حرمة نكاحها فقد منعنا تاثيره في افادة المانعية بل مفسدنا انتفاء الحكم مطلقا فان بين المانعية بان الحكم وهو حرمة النكاح يثبت اولا فيها ثم يتعدى قلنا ان اردت انه لا يتعدى الى غيرها الا بعد ثبوته فيها منعناه بل ذلك عند اتفاق محليتها مع ان الحرمة انما تثبت في الكل معا شرعا والتقدم في الام ذاتي لا زماني فاذا تحقق المانع في حقها ثبت فيمن سواها ولو علل ابتداء بنجاسة اللبن والحرمة كرامة اذ فيه تكثير الاعوان على المقاصد والسكن وبالموت تنجس فان ادعينا منعناه بل لبن الميتة طاهر عند ابي حنيفة ره وقد سلمنا نجاسته بان التنجس بالموت لما حلته الحيوة قبله وهو منتف في اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم المنجس اذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن الى ظاهر والمتيقن من الشرع فيه انه لا يوجب تغير وصفه بخلاف البول وابو يوسف ره ومحمد ره انما قالا بتنجسه بالمجاورة للوعاء النجس وهو غير مانع من الحرمة كما لو حلب في اناء نجس فاوجره الصبي تثبت الحرمة وان اراد التنجس منعنا ولما ذكرناه والوجور الدواء يصب في الحلق قسرا بفتح الواو والسعوط ما يصب من الانف ويقال اوجرته ووجرته **قوله** اما الحرمة في الوطي جواب عن قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطيها بالفرق وهو ان سبب الحرمة في الرضاع

وإذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد رحمه الله أنه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر أن المفسد في الصوم إصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء فأما المحرم في الرضاع فمعنى النشوء ولا يوجد ذلك في الاحتقان لأن المغذي وصوله من الأعلى وإذا نزل للرجل لبن فأرضع صبيا لم يتعلق به التحريم لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها

الإثبات والنشوء بواسطة التغذي وفي حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية بخلاف الجزئية المعتبرة في الرضاع لأنها واقعة في ارتضاع لبن الميتة **قوله** وإذا احتقن قال في المغرب الصواب حقن إذا عولج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز قال في النهاية لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى يريد أن منع البناء للمفعول على ما في المغرب لعدم التعدي وإذ قد نص صاحب تاج المصادر على ما يفيد أنه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ وهذا غلط لأن ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعدية الافتعال منه للمفعول منه للمفعول الصريح كالصبي في عبارة الهداية حيث قال وإذا احتقن الصبي بل إلى الحقنة وهي آلة الاحتقان والكلام في بنائه للمفعول الذي هو الصبي ومعلوم أن كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة إلى المجرور والظرف كجلس في الدار ومر بزيد وليس من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة إلى المفعول بل إذا كان متعديا إليه بنفسه ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين أصحابنا في كثير من الأصول وهو قول الأئمة الأربعة وكذا لا يثبت بالإقطار في الإحليل والأذن والجائفة والآمة كذا أطلقه بعضهم ونص آخرون على أنه إذا وصل إلى الجوف تثبت الحرمة وبعضهم ذكر أنه روي عن محمد رحمه الله ثبوت الحرمة بالحقنة ووجه الظاهر أن المناط طريق الجزئية وليس ذلك في الواصل من الأسافل بل إلى المعدة وذلك من الأعلى فقط والإقطار في الإحليل غاية ما يصل إلى المثانة فلا يتغذى به الصبي وكذا في الأذن الضيق الثقب وفيه نظر لتصريحهم بالفطر بإقطار الدهن في الأذن لسريانه فيصل إلى باطنه لا لأنه ضيق والأوجه كونه ليس مما يتغذى به وينبت وإن حصل به رغي من ترطيب ونحوه والمفسد في الصوم لا يتوقف عليه كما في الحصى والحديد والوجور والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقا **قوله** وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبية لم يتعلق به تحريم لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة وقد ذكر في بعض الحكايات أنه اتفق لرجل رضاع صغير فإن صح فهو من خوارق العادات لا ينبني الفقه باعتباره وعلى هذا يلزم أنه لو نزل للبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم ويحكم بأنه ليس لبنا كما لو نزل للبكر الصغيرة لا يثبت من إرضاعه تحريم والوجه الفرق بعدم التصور مطلقا فإذا تحقق لبنا تثبت الحرمة بخلاف الرجل الفاعل الحكم لازم وإنما بأنه ليس بلبن

قوله وإذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها اعلم أن ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فإن الوطء ابتذال وامتهان وإرقاق ولهذا روي عنه صلى الله عليه وسلم قال النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته ولا يحسن صدوره من مستفيد جزء نفسه وحياته لمفيدها إذا كان الرضيع صبيا بالنسبة إلى المرضعة تكرمة لها وجعلت في الشرع أماله بسبب أن جزءها صار جزءه كما أن الأمية من النسب كذلك إذ جزؤه جزؤها وجزء الآخر جزء الأب والبهائم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره فإنما خلقها للابتذال الآدمي لها على أنحاء الابتذال لما أذن فيه من مالكها سبحانه قال تعالى والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع وفي آية أخرى فمنها ركوبهم ومنها يأكلون وهو سبحانه مالك الأشياء والحكيم على الإطلاق والعليم بالقوابل التي بها يحصل التفصيل الدنيوي فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها بل ولحمها وحصول الجزء منه مرتبة لها على الآدمي توجب مثل ما توجب لمساويه في نوعه من الإكرام والاحترام فلم يعتبر الشاة أم الصبي والأكان الكبش أباه والأخية فرع الأمية وكذا سائر الحرم بعدها إنما تثبت بتبعية الأمية حتى الأبوية فإنه لا جزء في الرضيع منه بخلاف الأب من النسب لأن جزءه انفصل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن إنما يتولد من الغذاء والكائن من ماء الرجل إنما يصل من أسفل والتغذي لبقاء الحياة والجزء لا يكون إلا مما يصل من الأعلى إلى المعدة ولكن لما أثبت الشرع أبوة زوجة المرضعة

واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت بان الصغيرة امرأته وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاق الحال او لان فساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البير ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الافساد لا تكون متعدية لانها مامورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا

لبن هو سبب فيه اثبت لهوية الرجل الابوة وجين للام ولا اب ولا اخوة ولا تحريم ونقل ان الامام محمد بن اسمعيل البخاري صاحب الصحيح افتى في بخارا بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها والله سبحانه اعلم ومن لم يدق نظره في مناطات الاحكام وحكمها كثر خطاؤه وكان ذلك في زمن الشيخ ابي حفص الكبير وهو ولدة الشافعي رحمه الله فانهما معا ولدا في العام الذي توفي فيه ابو حنيفة رحمه الله وهو عام خمسين ومائة **قوله** واذا تزوج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه صار جامعا بين الام والبنت من الرضاعة وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لانها ام امرأته والعقد على البنت يحرم الام واما الصغيرة فان كان اللبن الذي ارتضعته الكبيرة نزل لها من ولد ولدته للرجل كان حرمتها ايضا مؤبدة كالكبيرة لانه صار ابا لها وان كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت هذا الرجل وهي ذات لبن من الاول جاز له ان يتزوجها ثانيا لانتفاء ابوته لها الا ان كان دخل بالكبيرة فيتابد ايضا لان الدخول بالام تحرم البنت واما حكم المهر فلا يجب للكبيرة ان لم يكن دخل بها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الارضاع وهو مسقط لنصف المهر كردتها وتقبيلها ابن الزوج وتعليل السقوط باضافة الفرقة اليها يعرف منه ان الكبيرة لو كانت مكرهة او نائمة فارتضعتها الصغيرة او اخذ شخص لبنها فاوجر به الصغيرة او كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء اضافة الفرقة اليها وان كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لا نفقة عدة لها لجنايتها ان لم تكن مجنونة ونحوها واما الصغيرة فلا يتصور الدخول بالرضيعة فعليه لها نصف مهرها لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر في اسقاط حقها لعدم خطابها بالاحكام وصار كما لو قتلت مورثها فانها ترثه ولا يكون قتلها موجبا لحرمانها شرعا ولانها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع والكبيرة في القائها الثدي مختارة فصار كمن القى حية على انسان فلسعته ضمن لان اللسع لها طبع فاضيف اليه واورد عليه ما لو ارتد ابوا صغيرة منكوحة ولحقا بها دار الحرب بانت من زوجها ولا شيء لها من المهر ولم يوجد الفعل منها اصلا فضلا عن كونه وجد ولم يعتبر اجيب بان الردة محظورة في حق الصغيرة ايضا على مراضاة الحرمة الى ردتها التابعة لردة ابويها بخلاف الارتضاع لا حاظر له فتستحق النظر فلا يسقط المهر بل يرجع به على الكبيرة ان تعمدت الفساد ويرجع به عليها والا لا يرجع وتعمده بان تعلم قيام النكاح وان الرضاع مفسد وتتعمده لا لدفع الجوع او الهلاك عند خوف ذلك فلو لم تعلم النكاح او علمته ولم تعلمه مفسدا او علمته مفسدا ولكن خافت الهلاك او قصدت دفع الجوع لا ترجع والقول قول الكبيرة في ذلك مع يمينها لانه لا يعرف الا من جهتها وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين ما اذا قصدت الفساد وما اذا لم تقصده والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولهما لانها اي الكبيرة وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بان تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه وذلك اي تاكيد ما هو على شرف السقوط يجري مجرى الاتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لذلك لكنها مسببة فيه لا مباشرة لان القام الثدي شرط للفساد لا علة له بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع فكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلي وهذا ظاهر غير ان المصنف بين كونها مسببة بان فعل الارتضاع ليس موضوعا لافساد النكاح بل لتغذية الصغيرة وتربيتها وانما ثبت الفساد باتفاق صيرورتها اختا وبنتا تحت رجل او لان افساد النكاح الكائن بفعلها ليس بسبب الالزام المهر شرعا بل لاسقاطه ثم يجب نصف المهر بطريق المتعة على ما عرف من ان وجوبه لا بقياس بل بالنص ابتداء جبرا للايحاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة لكن من شرطه بطلان النكاح وقد وجد فيما نحن فيه ولا يخفى ان هذا الترديد بعينه يجري في مباشر العلة بان يقال الارتضاع ليس بافساد النكاح وضعا والافساد ليس بسبب لالزام المهر شرعا بل لاسقاطه الخ وليس هو مسببا فالمعول عليه

وهذا امنا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت
بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك رح يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة
حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل
الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل
وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول ينفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا والله اعلم

في كونه سببا ما بينا، واذا كانت سببية يشترط فيه اي في لزوم الضمان التعدي كحفر البئر تسبيب للاهلاك فان كان في ملكه لا يضمن ما تلف فيه او في غيره
ضمنه للتعدي فيه وانما تكون متعدية بمجموع العلمين والقصد على ما تقدم واعلم ان توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينهض على محمد رح اذا كان
من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان لان حاصل هذا انه سبب فيشترط التعدي
وهو لا يلتزم اشتراط التعدي فيه فانما ينهض الاستدلال على ان المسبب لا يلحق بالمباشر هذا واستشكل التغريم بقصد الفساد بما اذا قبل رجل زوجة آخر
قبل الدخول فانه يقضي على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل والجواب ان قتله مستعقب لوجوب القصاص والدية فلا يجب شيء آخر بقتل واحد
وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه وبما اذا ارضعت اجنبيتان لهما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما ولم تغرما
شيئا وان تعمدتا الفساد واجيب بالفرق بان فعل الكبيرة هنا مستقل بالافساد فيضاف الافساد اليها وفعل كل من الكبيرتين هناك غير مستقل به فلا يضاف
الى واحدة منهما لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين منهما خلاف الحرمة هنا لانه للجمع بين الام والبنت وهو يقوم بالكبيرة وقد حرفت هذه المسئلة
فوقع فيها الخطاء وذلك بان قيل فارضعهما امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل لان في هذه الصورة الصواب الضمان على كل
من هاتين المرأتين لان كلا افسدت لصيرورة كل بنتا للزوج **قوله** وهذا امنا اعتبار الجهل الخ جواب سوال هو ان الجهل بالاحكام في دار الاسلام
عندكم ليس عذرا فقال هذا امنا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذي هو المحظور الديني لا لدفع الحكم الذي هو وجوب الضمان غير انه
اذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لانه لا يثبت الا بثبوت التعدي كما قلنا والتعدي به يكون ولا يتصور قصده مع الجهل بما ذكرنا فعدم الحكم
لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة وبهذا يندفع قول من قال تضمن اذا علمت بالنكاح ولم تعلم ان الارضاع مفسد لانها لا تعذر بجهل الحكم ومن
فروع هذه المسئلة لو كان تحته صغيرتان فارضعتهما اجنبية معا او على التعاقب حرمتا فلو كن ثلثا فارضعتهن بان القمت ثنتين ثدييها واوجرت
الاخرى ما حلبته حرمن او على التعاقب بانت الاوليان والثالثة امرأته لانهن حين ارتضعتا حرمتا ثم حين ارتضعت الثالثة لم يكن في عصمته
سواها ولو كن اربعا فارضعتهن معا او واحدة ثم الثلث معا حرمن وكذا لو ارضعتهن على التعاقب لانها حين ارضعت الآخريين لم يكن في نكاحه غيرهما
ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فارضعتهما الكبيرة على التعاقب بقي نكاح الثانية لانها حين ارضعتها ليس في نكاحه غيرها والسابق بمجرد العقد على الام
فلا يوجب حرمة البنت ولو كن كبيرتين وصغيرتين فارضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للزوم الجمع بين الامين وبنتيهما ولو ارضعت
احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم ارضعتهما الكبيرة الاخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فالكبرى الاولى مع الصغرى الاولى بانتا منه لما قلنا والصغرى
الثانية لم تبن بارضاع الكبرى الاولى والكبيرة الثانية ان ابتدات بارضاع الصغرى الثانية بانتا منه وبالصغرى الاولى فالصغرى الثانية امرأته
لانها حين ارضعت الاولى صارتا ام لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الاولى فيما تقدم والعقد على البنت تحرم الام ثم ارضعت الثانية ليس في نكاحه
غيرها **قوله** ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اي عن الرجال وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة
ان كانت موصوفة بالعدالة ونقل عن احمد واسحق والشافعي رح باربع نسوة والذي في كتبهم انما يثبت بشهادة امرأتين وكذا عند مالك بناء على انه مما لا يطلع
عليه الرجال لانه لا يحل النظر الى ثدي الاجنبية والوجه المذكور في الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو ان الحرمة من حقوق الشرع فهي امر ديني يثبت بخبر الواحد
كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة مجوسي فانه تثبت الحرمة عليه باخباره ثم يثبت زوال الملك في ضمنه وكم من شيء يثبت ضمنا بطريق لا يثبت بمثلها قصدا

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

ولحديث عقبة بن الحارث في الصحيحين انه تزوج ام يحيى بنت ابي اهاب فجاءت امة سوداء فقالت قد ارضعتكما قال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم
قال فاعرض عني فتنحيت فذكرت ذلك قال وكيف وقد زعمت ان قد ارضعتكما وعقبة هذا يكنى ابا سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو
والعين المهملة وبهذا الحديث استدل من قال تقبل الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقا يوجب جواز قبول الامة وروي مطولا في الترمذي قال
فجاءت امرأة سوداء وفيه قول عقبة فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت اني ارضعتكما وهي كاذبة فاعرض عني
قال فاعطيته فقلت انها كاذبة قال وكيف بها وقد زعمت انها قد ارضعتكما دعها عنك ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال النكاح لانها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه
والاملاك لا تزال الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالخمر مملوكة متجرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم
الانتفاع به وهو مملوك واذا كانت الحرمة لا يستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقا لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد واما الحديث فكان
للتورع الا يرى انه اعرض عنه في المرة الاولى وقيل في الثانية ايضا وانما قال له ذلك في الثالثة ولو كان حكم ذلك الاجبار وجوب التفريق لا جابه من اول
الامر اذ الاعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسألة بعد ذلك ففيه تقريرا على المحرم فعلم انه قال له ذلك لظهور اطمينان نفسه بخبرها لا من باب الحكم وكونها
كانت حمقاء على ما قيل لا ينفي اطمينان النفس بخبرها بل قد يكون معه لان بعض البلاهة يقارنها عن الغالب عدم الخبث الذي عنه تعمد الكذب والكلام في هذا
القدر لا في الجنون وقد قلنا انه اذا وقع في القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح وكذا اذا شهد به رجل واحد وقولهم لا يطلع عليه الرجال قلنا لا نسلم فان المحارم
من الرجال يطلعون عليه وايضا الرضاعة لا تتوقف على التقام الثدي لجواز حصولها بالوجور والسعوط وروي عن عمر رضه مثل قولنا وفي المحيط لو شهدت
امرأة واحدة قبل العقد قيل يعتبر في رواية ولا يعتبر في رواية فتنزع قال لامرأته هذه امي من الرضاعة او اختي او بنتي من الرضاع ثم رجع عن ذلك
فان قال اخطأت او نسيت ان كان بعد ان ثبت على الاول بان قال بعده هو حق او كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك وان قال بعد ان يصدر ٨١
منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعي ره والنكاح باق لان مثله انما يوجب الفرقة بشرط الثبات وتفسير الثبات ما ذكرنا ومثل هذا في الاقرار بالنسب
وذلك لان ثبوت النسب والرضاع مما يخفى عن الانسان فالتناقض فيه مطلقا لا يمتنع بخلاف ما اذا تثبت بعد التروي فيعذر قبله ولا يعذر بعده وهذا
في النسب فيمن ليس لها نسب معروف ولو اقرت المرأة بذلك وانكر هو ثم قالت اخطأت فالنكاح باق بالاجماع وعند الشافعي ره يحلف الزوج
على العلم في قول وعلى الثبات في قول ولو تزوجها قبل ان تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها بخلاف ما لو اقر الرجل قبل التزوج وثبت
على ذلك لا يحل له تزوجها قال في الفتاوى الصغرى هذا دليل على ان المرأة اذا اقرت بالمطلقات الثلاث من رجل حل لها ان تزوج نفسها منه انتهى
وكان وجهه ان الطلاق مما يستقل به الزوج في غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الاقرار به قبل التزوج والله اعلم

كتاب الطلاق

لما فرغ من النكاح وبيان احكامه اللازمة عند وجوده والمتاخرة عنه فهي احكام الرضاع شرع بذكر ما به يرتفع لانه فرع تقدم وجوده
واستعقاب احكامه وايضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة ان كلا منهما يوجب الحرمة الا ان ما بالرضاع حرمة مؤبدة وما بالطلاق مغياة
بغاية معلومة فقدم بيان الحكم الاشد اهتماما بشانه ثم ثنى بالاخف وايضا الترتيب الوجودي يناسبه الترتيب الوضعي والنكاح سابق في الوجود
باحكامه ويتلوه الطلاق فاوجده في التعليم كذلك والطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه

قال الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها
فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة

قوله تعالى الطلاق مرتان اي التطليق او هو مصدر طلقت بضم اللام او فتحها طلاقا كالفساد وعن الاخفش نفي الضم وفي ديوان الادب انه لغة والطلاق
لغة رفع الوثاق مطلقا واستعمل فعله بالنسبة الى غير نكاح المرأة من الافعال اطلقت بعيري واسيري وفيه من التفعيل طلقت امرأتي فان قالها اولا
طلقة اوقعها فان قالها ثانية فليس فيه الا التاكيد بخلاف ما اذا قاله في الثالثة فللتكثير كغلقت الابواب وفي الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل
على مادة ط ل ق صريحا كانت طالق او كناية كمطلقة بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كانت ط ا ل ق على ما سيأتي وغيرها كقول القاضي فرقت
بينهما عند اباء الزوج الاسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضي في ابائها وردة
احد الزوجين على قول ابي حنيفة وابي يوسف وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فانها ليست طلاقا
فقول بعضهم رفع قيد النكاح من اهله في محله غير مطرد لصدقه على الفسوخ ويشتمل على ما لا حاجة اليه فان كونه من الاهل في المحل من شرط وجوده لا دخل له
في حقيقته والتعريف للحقيقة وركنه نفس اللفظ واما سببه فالحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله تعالى
وشرعه رحمة منه سبحانه وشرطه في الزوج ان يكون عاقلا بالغا مستيقظا وفي الزوجة ان تكون منكوحة او في عدة التي تصلح معها محلا للطلاق وضبطها
في المحيط فقال المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق والمعتدة بعدة الوطء لا يلحقها الطلاق وقد يقال انه غير حاصر اذ تتحقق العدة دونهما
كما لو عرض فسخ بخيار بعد مجرد الخلوة اللهم الا ان تلحق الخلوة بالوطء وكانها هو وفيه تساهل ثم يقتضي ان كل عدة عن فسخ بعروض حرمة مؤبدة او غير مؤبدة
لا يقع فيها طلاق ولا اشكال فيه في الحرمة المؤبدة كما اذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج لانه لا فائدة ترجى في اعتباره ولانه لا يتوقف لغاية ليفيد الطلاق
فائدته واما في الفسخ بغيرها فالمصرح به في العدة من خيار العتق والبلوغ لانه لا يلحقها طلاق لانه فسخ فيجعل كانه لم يكن وكذا بعدم الكفاءة ونقصان
المهر وعلى هذا اذا سبي احد الزوجين فوقعت الفرقة لا يقع طلاق الزوج لعدم العدة لان المسبي ان كان الزوج فلا عدة على زوجته الحربية وان
كانت المرأة فكذلك لحلها للسابي بالاستبراء ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة احدهما مسلما او ذميا لا يقع طلاق لانه ان كان الرجل فلا عدة على الحربية
وان كانت المرأة فكذا عند ابي حنيفة رح وعندهما وان كان عليها العدة فهي عدة لا توجب ملك يد اذ لا يد للحربي واهل ما يقع فيه الطلاق ملك اليد وكانت
كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد وكذا لو خرج الزوجان مستأمنين فاسلم احدهما او صار ذميا فهي امرأته حتى تحيض ثلث حيض فاذا حاضتها فهي امرأته
وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه لانه المصر منهما كانه في دار الحرب لتمكنه من الرجوع الا انه منقوض بما اذا اسلم احد الذميين وفرق بينهما
باباء الآخر فانه يقع عليها طلاق ان كانت هي الآبية مع ان الفرقة هناك فسخ وبه ينتقض ما قيل اذا اسلم احد الزوجين لم يقع عليها طلاقه وينتقض ايضا بالمرتد يقع طلاقه
عليها مع ان الفرقة بردته فسخ خلافا لابي يوسف ولو كانت هي المرتدة فهي فسخ اتفاقا ويقع طلاقه عليها في العدة لا يقع واختلف في محليتها للطلاق نعم ما جرت في فسخ النكاح فيما جر
بعدما هي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه قال في المبسوط وقيل هذا قول ابي يوسف رح الاول وهو قول محمد رح فاما على قول ابي يوسف رح الاخير يقع طلاقه وهو نظير ما لو اشترى الرجل
امرأته بعدما دخل بها ثم اعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول ابي يوسف رح الاول وهو قول محمد وفي قول ابي يوسف رح الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها ثم اعتقته
فحكى الخلاف في هاتين المسئلتين على عكس ما حكاه في المنظومة في المسئلة الثانية وعلى الاول لو ارتد ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه اتفاقا فلو عاد وهي بعد في العدة فطلقها وهي على الخلاف
وما ذكر من انه لا عدة على الحربية في دار الحرب عنده يخالف ما ذكره محمد في السير فيما اذا اسلمت امرأة الحربي وهما في دار الحرب حيث يتأخر وقوع الفرقة بينهما الى مضي ثلث حيض او ثلثة
اشهر فاذا مضت وقعت الفرقة قال محمد رح وعليها ثلث حيض اخرى وهي فرقة بطلاق ولهذا يقع عليها طلاقه لان تلك الفرقة ليست للتباين بل للاباء الا ان المدة اقيمت

وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة

مقام آبائه بعد الغرض فلا يقع عليها طلاقه واما وصفه فهو ابغض المباحات الى الله تعالى على ما رواه ابو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان ابغض المباحات عند الله الطلاق فنص على اباحته وكونه مبغوضا لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعي الا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحي ولا يلزم ذلك من وصفه بالبغض الا لو لم يصفه بالاباحة لكنه وصفه بها لان افعل التفضيل بعض ما اضيف اليه وغاية ما فيه انه مبغوض اليه سبحانه ولم يترتب عليه ما رتب على المكروه ودليل نفي الكراهة قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم امره سبحانه ان يراجعها فانها صوامة قوامة وبه يبطل قول القائلين لا يباح الا لكبر كطلاق سودة او ريبة فان طلاقه حفصة لم يقرن بواحد منهما واما ما روى لعن الله كل ذواق مطلاق فمحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس اجمعين ولا يخفى ان كلامهم فيما سيأتي من التعاليل يصرح بانه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وللحديثين المذكورين وغيرهما وانما ابيح للحاجة والحاجة ما ذكرنا في بيان سببه فبين الحكمين منهم تدافع والاصح حظره الا لحاجة للادلة المذكورة ويحمل لفظ المباح على ما ابيح في بعض الاوقات اعني اوقات تحقق الحاجة المبيحة وهو ظاهر في رواية لابي داود ما احل الله شيئا ابغض اليه من الطلاق وان الفعل لا عموم له في الزمان غير ان الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة فمن الحاجة المبيحة ان يلقى اليه عدم اشتهائها بحيث يعجز او يتضرر باكراهه نفسه على جماعها فهذا اذا وقع فان كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت باقامتها في عصمته بلا وطء او بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة وان لم يكن قادرا على طولها او لم ترض هي بترك حقها فهو مباح لان مقلب القلوب رب العالمين واما ما روى عن الحسن وكان قيل له في كثرة تزوجه وطلاقه فقال احب الغنى قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فهو رأي منه ان كان على ظاهره وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رض كطلاق عمر رض ام عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الزوجات الاربع دفعة واحدة فقال لهن انتن حسنات الاخلاق ناعمات الاطواق طويلات الاعناق اذهبن فانتن طلاق فمحمله وجود الحاجة مما ذكرنا واما اذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء ادب فيكره والله سبحانه اعلم واما حكمه فوقوع الفرقة مؤجلا بانقضاء العدة في الرجعي وبدونه في البائن واما محاسنه فمنها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى وعن ذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن ونقصان الدين وعنه كان اكثر شغلهن بالدنيا وترتيب المكائد وافشاء سر الازواج وغير ذلك ومنها شرعه ثلثا لان النفس كذوبة ربما تظهر عدم الحاجة اليها او الحاجة الى تركها وتسوله فاذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر فشرعه سبحانه وتعالى ثلثا ليجرب نفسه في المرة الاولى فان كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضي العدة والا امكنه التدارك بالرجعة ثم اذا عادت النفس الى مثل الاول وغلبته حتى عاد الى طلاقها نظر ايضا فيما يحدث له فما يوقع الثالثة الا وقد جرب وفقه في حال نفسه وبعد الثلاثة تبلى الاعذار واما اقسامه فما افاده المصنف بقوله الطلاق على ثلاثة اوجه حسن واحسن وبدعي اعلم ان الطلاق سني وبدعي والسني من حيث العدد ومن حيث الوقت والبدعي كذلك فالسني حسن واحسن فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ولا في الحيض الذي قبله ولم يطلقها فيه وهذا على ظاهر المذهب على ما سيأتي ويتركها حتى تنقضي عدتها لما اسند ابن ابي شيبة عن ابراهيم النخعي ان الصحابة رض كانوا يستحبون ان يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلث حيض وقال محمد رح بلغنا عن ابراهيم النخعي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل امرأته ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة حيث ابقى لنفسه مكنة التدارك حيث يمكنه التزوج بها في العدة او بعدها دون تحلل زوج آخر واقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها بالنسبة اليه فان سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر

والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة اطهار وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة ان يستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة

الاتحاش فلا خلاف لاحد في الكراهة انها واقعة او لا بل الاجماع على انتفائها بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك رح لما ذكرنا من قلة ضرر هذا واستحبابه عند الصحابة رضي الله عنهم كان احسن واعلم ان السني المسنون هو كالمندوب في استعقاب الثواب والمراد به هنا المباح لان الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له ثواب فمعنى المسنون منه ما ثبت على وجه لا يستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية ان يطلقها عقيب جماعها او حائضا او ثلثا فمنع نفسه منه الى الطهر الآخر والواحدة نقول انه يثاب لكن لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك الايقاع على ذلك الوجه امتناعا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الايقاع وليس المسنون يلزم تلك الحالة لانه لو اوقع واحدة في الطهر الخالي من غير ان يخطر له داعية ذلك الايقاع سميناه طلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس عن المعصية بعد تهيئ اسبابها وقيام داعيتها وهذا كمن استمر على عدم الزنا من غير ان يخطر له داعيته وتهيؤه له مع الكف عنه لا يثاب عليه ولو وقعت له داعيته وطلب النفس له وتهيؤه وكف تجافيا عن المعصية اثيب **قوله** والحسن طلاق السنة وانت حققت ان كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له الا لتمييزه بالمفضول من طلاق السنة قال وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة اطهار سواء كانت الزوجة مسلمة او غير مسلمة لانه المخاطب بالايقاع كذلك ويجب على الغائب اذا اراد ان يطلق ان يكتب اذا جاءك كتابي وانت طاهرة فانت طالق فان كنت حائضا فاذا طهرت فانت طالق فقال مالك رحمه الله هذا بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى الدارقطني من حديث معلى بن منصور ثنا شعيب بن زريق ان عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال ثنا عبد الله بن عمر رضي انه طلق امراته وهي حائض ثم اراد ان يتبعها بطلقتين اخريين عند القرئين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر رض ما هكذا امرك الله قد اخطات السنة السنة ان تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فامرني فراجعتها فقال اذا هي طهرت فطلق عند ذلك او امسك فقلت يا رسول الله ارايت لو طلقتها ثلاثا اكان يحل لي ان اراجعها فقال لا كانت تبين منك وكانت معصية اعله البيهقي بالخراساني قال اتى بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به ورواية رواه الطبراني ثنا علي بن سعيد الرازي ثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصي ثنا ابي ثنا شعيب بن زريق سندا ومتنا وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر رض وكذلك قال ابو حاتم وقيل لابي زرعة الحسن لقي ابن عمر قال نعم واما اعلال عبد الحق اياه بمعلى بن منصور فليس بذلك ولم يعله البيهقي الا بالخراساني وقد ظهرت متابعته ولان الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لانها باطنة ودليلها الاقدام على طلاقها في زمن تجدد الرغبة وقد تكون الحاجة ماسة الى تركها البتة لرسوخ الاخلاق المتباينة وموجبات المنافرة فلا تفيد رجعتها فيحتاج الى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلح الحسن الظاهر وطريق اعطاء هذه الحاجة مقتضاها على الوجه المذكور ان يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه فان لم يقدر تدارك بالرجعة وان قدر اوقع اخرى في الطهر الآخر كذلك فان قدر ابانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام ثم اذا اوقع الثلاثة في ثلاثة اطهار فقد مضى من عدتها حيضتان ان كانت حرة فان حاضت حيضة انقضت وان كانت امة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت ووقع عليها ثنتان **قوله** ثم قيل الاولى ان يؤخر الطلاق الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة عليها وقال المصنف والاظهر اي الاظهر من قول محمد رح حيث قال اذا اراد ان يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت ورجحه بانه لو اخر ربما يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع ولا يخفى ان الاول اقل ضررا وكان اولى وهو رواية عن ابي يوسف رح عن ابي حنيفة رح **قوله** وطلاق البدعة ما خالف قسمي السنة وذلك بان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او مفرقة في طهر واحد وثنتين كذلك او واحدة في الحيض او في طهر قد جامعها فيه او جامعها في الحيض الذي يليه هو فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وفي كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف فعن الامامية لا يقع

ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرًا إلى دليلها
ثم قيل الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازًا عن تطويل العدة والأظهر أن يطلقها كما طهرت لأنه لو أخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق
فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثًا بكلمة واحدة أو ثلاثًا في طهر واحد فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيًا

بلفظ الثلث ولا في حالة الحيض لأنه بدعة محرمة قال صلى الله عليه وسلم من عمل عملًا ليس عليه أمرنا فهو رد وفي أمره صلى الله عليه وسلم ابن عمر أن يراجعها
حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض وأما بطلانه في الثلث فينتظمه ما سيأتي من دفع كلام الإمامية قال قوم يقع به واحدة وهو مروي عن ابن
عباس وبه قال ابن إسحق وبه نقل قال ابن إسحق ونقل عن طاوس وعكرمة يقولون خالف السنة فيرد إلى السنة وفي الصحيحين أن أبا الصهباء قال لابن عباس
ألم تعلم أن الثلث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرًا من إمارة عمر قال نعم وفي رواية لمسلم أن ابن عباس قال كان
الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلث واحدة فقال عمر إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو
أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم وروى أبو داود عن ابن عباس قال إذا قال أنت طالق ثلاثًا بفم واحد فهي واحدة وروى ابن إسحق عن عكرمة عن ابن عباس
قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلاثًا في مجلس واحد فحزن عليها حزنًا شديدًا فسأله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثًا في مجلس واحد قال
إنما تلك طلقة واحدة فارتجعها ومنهم من قال في المدخول بها يقع ثلاثة وفي غيرها واحدة لما في مسلم وأبي داود والنسائي أن أبا الصهباء كان كثير السؤال
لابن عباس قال أما علمت أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثًا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة الحديث قال ابن عباس بل كان الرجل إذا طلق امرأته
ثلاثًا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرًا من خلافة عمر فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال أجيزوهن
عليهم هذا لفظ أبي داود وذهب جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين إلى أنه يقع ثلث ومن الأدلة في ذلك ما في مصنف ابن أبي شيبة
والدارقطني في حديث ابن عمر المتقدم قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثًا قال إذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي سنن أبي داود عن
مجاهد قال كنت عند ابن عباس فجاء رجل فقال إنه طلق امرأته ثلاثًا قال فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه ثم قال ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن
عباس إن الله عز وجل قال ومن يتق الله يجعل له مخرجًا عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي الموطأ مالك بلغه أن رجلًا قال لعبد الله بن عباس إني طلقت
امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى فقال ابن عباس طلقت منك ثلاثًا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوًا وفي الموطأ أيضًا بلغه أن رجلًا جاء إلى
ابن مسعود فقال إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات فقال ما قيل لك فقال قيل لي بانت منك قال صدقوا هو مثل ما يقولون وظاهره الإجماع على
هذا الجواب وفي سنن أبي داود وموطأ مالك عن محمد بن إياس بن البكير قال طلق رجل امرأته ثلاثًا قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي فذهبت
معه فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقالا لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجًا غيرك قال فإنما طلاقي إياها واحدة فقال ابن عباس إنك أرسلت
من يدك ما كان لك من فضل وهذا يعارض ما تقدم من أن غير المدخول بها تطلق بالثلث واحدة وجميعها يعارض ما عن ابن عباس وفي موطأ
مالك مثله عن ابن عمر وأما إمضاء عمر الثلث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة له مع علمه بأنها كانت واحدة إلا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود
ناسخ هذا إن كان على ظاهره أو لعلمهم بانتهاء الحكم لذلك لعلمهم بإناطته بمعان علموا انتفاءها في الزمن المتأخر فإنا نرى الصحابة تتابعوا على هذا ولا يمكن وجود
ذلك منهم مع اشتهار كون حكم الشرع المتقرر كذلك أبدًا فمن ذلك ما أوجدناك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وبروي أيضًا عن عبد الله
بن عمرو بن العاص وأسند عبد الرزاق عن علقمة قال جاء رجل إلى ابن مسعود فقال إني طلقت امرأتي تسعًا وتسعين فقال له ابن مسعود ثلث تبينها وسائرهن
عدوان وروى وكيع عن الأعمش عن حبيب عن أبي ثابت قال جاء رجل إلى علي بن أبي طالب فقال إني طلقت امرأتي ألفًا فقال له علي بانت منك بثلاث واقسم
سائرهن على نسائك وروى وكيع أيضًا عن معاوية بن أبي يحيى قال جاء رجل إلى عثمان بن عفان فقال طلقت امرأتي ألفًا فقال بانت منك بثلاث وأسند عبد الرزاق عن

وقال الشافعي رحمه الله كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها

عبادة بن الصامت ان اباه طلق امرأة له الف تطليقة فانطلق عبادة فسأله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بانت بثلث في معصية الله تعالى وبقي تسعمائة وسبعة وتسعون عدوانا وظلما ان شاء عذبه وان شاء غفر له وقول بعض الحنابلة القائلين بهذا المذهب توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة الف عين رأته فهل صح لكم عن هؤلاء او عن عشر عشر عشرهم القول بلزوم الثلث بفم واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل اما اولا فاجماعهم ظاهر فانه لم ينقل عن احد منهم انه خالف عمر رض حين امضى الثلث وليس يلزم في نقل الحكم الاجماعي عن مائة الف ان يسمى كل ليلزم في مجلد كبير حكم واحد على انه اجماع سكوتي واما ثانيا فان العبرة في نقل الاجماع نقل ما عن المجتهدين لا العوام والمائة الالف الذي توفي عنهم صلى الله عليه وسلم لا يبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم اكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وانس وابي هريرة رض وقليل والباقون يرجعون اليهم ويستفتون منهم وقد اثبتنا النقل عن اكثرهم صريحا بايقاع الثلث ولم يظهر لهم مخالف فماذا بعد الحق الا الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بان الثلث بفم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف والرواية عن انس بانها ثلث اسندها الطحاوي وغيره وغاية الامر فيه ان يصير كبيع امهات الاولاد اجمع على نفيه وكن في الزمن الاول يبعن وبعد ثبوت اجماع الصحابة رض لا حاجة الى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة اذا طلق ثلثا مع ظهور الفرق بان مخالفته لا تحتمل مخرجا عن الابطال لمخالفة الاذن والمكلفون وان كانوا ايضا انما يتصرفون باذن الشرع لكن اذا اجمعوا على خلاف بعض الظواهر والاجماع حجة قطعية كان مقيدا بامر الشرع على ذلك الظاهر قلنا ان لا نشتغل معه بتاويل وقد يجمع بما ذكرنا من الاطلاع على الناسخ او العلم بانتهاء الحكم لانتهاء علته هذا وان حمل الحديث على خلاف ظاهره دفعا لمعارضة اجماع الصحابة رض على ما اوجدناك من النقل عنهم واحدا واحدا وعدم المخالف لعمر في امضائه فظاهر حديث ابن مسعود رض فتاويله ان قول الرجل انت طالق انت طالق انت طالق كان واحدة في الزمن الاول لقصدهم التاكيد في ذلك الزمان ثم صاروا يقصدون التجديد فالزمهم عمر رض ذلك لعلمه بقصدهم وما قيل في تاويله ان الثلث التي يوقعونها الان انما كانت في الزمان الاول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل اذ لا يتجه حينئذ قوله فامضاه عمر واما حديث ركانة فمنكر والاصح ما رواه ابو داود والترمذي وابن ماجة ان ركانة طلق زوجته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما اراد الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية في زمن عمر رض والثالثة في زمن عثمن رض قال ابو داود هذا اصح واما المقام الثالث وهو كون الثلث بكلمة واحدة معصية او لا فحكي فيه خلاف الشافعي رح استدل بالاطلاقات من نحو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وما روي ان عويمر العجلاني لما لاعن امرأته قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فهي طالق ثلثا ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس طلقني زوجي ثلثا فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر ثلثا في مرضه وطلق الحسن بن علي رض امرأته شهبان ثلثا لما هنته بالخلافة بعد موت علي رض ولان الطلاق مشروع والمشروعية لا تجامع الحظر الا ترى انه لو طلق نساءه الاربع دفعة جاز فكذا الواحدة ثلثا بطريق الاولى بخلاف الطلاق في حالة الحيض لانه يحرم للضرار بتطويل العدة عليها لا الطلاق وبخلافه في الطهر الذي جامعها فيه يحرم لتلبيس وجه العدة ابالاقراء او الوضع لاحتمال الحبل ولنا قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فلزم ان الطلاق شرعا لا كذلك لانه ليس وراء الجنس شيء وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلثا بكرة واحدة وكان يتبادر ان لا يقع شيء كما قالت الامامية لكن لما علمنا ان عدم مشروعيته كذلك لمعنى في غيره وهو تفويت معنى شرعيته سبحانه له كذلك وامكان التدارك عند الندم وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا بد منه فوقع والمشروعية في ذاته لا تنافي الحظر الى آخره على ما بينا قلنا ايضا ما قدمناه

والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي رواية الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها

من قول ابن عباس رضي الله عنه للذي طلق ثلثا وجاء يسأل عصيت ربك وما قدمناه من مسند عبد الرزاق في حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم بانت بثلث في معصية الله وكذا ما حدث الطحاوي عن ابن مرزوق عن ابي حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس رض فقال ان عمي طلق امراته ثلثا فقال ان عمك عصى الله فاثم واطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا وما روى النسائي عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امراته ثلثا جميعا فقام غضبان فقال ايلعب بكتاب الله عز وجل وانا بين اظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله الا اقتله واما في بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور الى محمود بن لبيد فغير معروف قرح فيجب حمل ما روى عن بعض الصحابة من الطلاق انه سنة على الثلث للسنة وايضا لما ذكر المص من الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنياوية والادلة السمعية التي ذكرناها وانما يباح للحاجة الى الخلاص من المفاسد الذي قد تعرض في الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض ولا حاجة الى الجمع بين الثلث بخلاف تفريقها على الاطهار فانها ثابتة نظرا الى دليلها وقد منا ان الحاجة باطن فانيط الحكم بالحاجة بدليلها وهو الاقدام عليه في زمن الرغبة فاذا طلقها في كل طهر طلقة حكم بالحاجة الى الثلث كذلك فورد عليه ان دليل الحاجة انما يعتبر عند تصور الحاجة وهي هنا غير متصورة للعلم باندفاعها بالطلقة الواحدة فاجاب بمنع انتفائها بالكلية لما قررناه في جواب مالك من ان الحاجة تتحقق الى فطام النفس على وجه بابين ظاهر اعراض الندم وطريق فطامها الثلث مفرقة على الاطهار لا مجموعة لما وجهناه به **قوله** والمشروعية في ذاته جواب عن قوله مشروع فلا يجامع الحظر يعني ان مشروعيته باعتبار ذاته فانه في ذاته ازالة الرق لما قدمناه من ان النكاح نوع رق فلا ينافي الحظر لغيره وهو ما ذكرناه من ان فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنياوية فجاز اثبات مشروعيته في ذاته مع حظره لذلك فيصح اذا وقع ويستعقب الحكم مع استحقاق العقاب اذا لم يكن مسوغ للحظر الحالي كالصلوة في الارض المغصوبة والوجه في تقريره انه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث انه اضرار وكفران بلا حاجة وهذا احسن من قوله مشروع في ذاته الخ اذا تاملت لان هذا التفصيل هو الواقع في نفس الامر وسيصرح به في وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف في طلاق الحامل حيث قال وكان الاباحة بعلة الحاجة **قوله** وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا من انه لا حاجة الى الزيادة على الواحدة **قوله** واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل يعني اصل المبسوط وهو الكافي للحاكم ابي الفضل اخطأ السنة وهو ظاهر الرواية لانه لا حاجة في الخلاص الى اثبات صفة البينونة ولانه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة وفي الزيادة لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة اطلاق الزيادات عليهما ومما يدل على صحة هذا ان ابا ركانة طلق امراته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه والقياس على الخلع والجواب تجويز ان يكون ابو ركانة طلق قبل الدخول او انه اخر الانكار عليه لحال اقتضت تاخيره اذ ذاك والخلع لا يكون الا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ولهذا روي عن ابي حنيفة رح ان الخلع لا يكره حالة الحيض **قوله** والسنة في الطلاق من وجهين في الوقت والعدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها وهي ان يطلق واحدة فاذا طلق غير المدخول بها ثلثا كان عاصيا ففي التي خلا بها اولى ان تكون معصية ولا يخفى ان الاستواء بينهما مطلقا متعذر فان السنة من حيث العدد في المدخول بها تثبت بقسميها ان يطلقها واحدة ليس غير وان يلحقها باخريين عند الطهرين ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها اذ لا عدة لها وهذا ظاهر والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وكانه عمم المدخول بها في التي خلا بها فانها ايضا تجب مراعاة السنة في طلاقها وذلك الوقت هو الطهر الذي لا جماع فيه ولا

عمرو

تاخرا

ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر **قال**
واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في
حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى
يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه
فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل الاول بالآخر والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات

والاقل الحيض لتحقق حاجة تلزم في التخلص من البدعة في المدخول بها مراعاة السنتين فلو اخل بها مدحها الزمته المعصية وانما الزمنا لان المراعاة في تحقق اباحة
الطلاق دليل الحاجة اليه وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وزمان تجددها هو الطهر الخالي عن الجماع لا زمان الحيض ولا الطهر الذي
جومعت فيه اما زمان الحيض فلانه زمان النفرة الطبيعية والشرعية واما الطهر الذي جومعت فيه فلان بالجماع مرة تفتر الرغبة واما غير
المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة ما لم يذقها فطلاقها في حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة فجاز ان يطلقها في حال الطهر والحيض جميعا
خلافا لزفر وهو يقيسها على المدخول بها بجامع انه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح وفيما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة
في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض فان قلت هذا التعليل في مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر ما هكذا امرك الله فالجواب ان الاشارة من
قوله هكذا الى طلاقه الخاص الذي وقع منه فجاز كون تلك كانت مدخولا بها ولانه قال في رواية في هذا الحديث فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق
لها النساء والعدة ليست الا للمدخول بها **قوله** واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر اي بان لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار وقيل ثمان وسبع او كبر بان
كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر او لا لها بان بلغت بالسن ولم تر دما اصلا فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى
واذا مضى شهر طلقها اخرى قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن اي لم يحضن بعد فيما مضى
لان تقلب معنى المضارع الى المعنى فاقام الاشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض اليها ايضا نص على ان الاشهر عدة بقوله فعدتهن ثلاثة اشهر والعدة في
ذوات الحيض ليس الا الحيض لا المجموع فلزم بالضرورة كون الاشهر بدل الحيض ورشح بالاستبراء فانه في ذوات الحيض بحيضة وجعل فيمن لا تحيض بشهر ويجوز كون
الاقامة باعتباره مع لازمه من الطهر المضاف الى كل حيضة ورجح بانه لو لم يكن كذلك اكتفي بعشرة ايام لانها اكثر الحيض المجعول عدة والحيض المجعول عدة
هو الذي يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون مدتها غالبا شهرا وفرق بين قولنا هو بدل عن حيض تتخللها اطهار وقولنا بدل عن الحيض والاطهار
المتخللة فالطهر ضرورة تحقيقها الا من مسماه وما الزم به من انه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا لزم منع الطلاق في الشهر الثاني لانه في الحيض حكما
مدفوع بانه مقامه في انه عدة فقط لا في ذاته وورات الشهر طهر ولا في حكم اخر الا يرى ان الطلاق عقيب الجماع في طهر ذوات الاقراء حرام وفي
الآيسة والصغيرة لا يحرم فكذا الطلاق في الشهر الثاني وهذا الخلاف قليل الجدوى لا ثمرة له في الفروع **قوله** ثم ان كان الطلاق وقع في اول الشهر وهو
ان يقع في اول ليلة رؤي فيها الهلال تعتبر الشهور بالاهلة اتفاقا في التفريق والعدة وان كان وقع في وسطه فبالايام في التفريق اي في تفريق الطلقات
بالاتفاق فلا تطلق الثانية في اليوم الموفي ثلاثين من الطلاق الاول بل في الحادي والثلاثين فما بعده لان كل شهر معتبر بثلاثين فلو طلقها في اليوم الموفي
ثلاثين كان جامعا بين طلاقين في شهر واحد وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله تعتبر بالايام وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله فلا تنقضي عدتها الا بمضي
تسعين يوما وعندهما يكمل الاول بالاخير والشهران المتوسطان بالاهلة وقوله في الفتاوى الصغرى تعتبر في العدة بالاهلة بالاجماع يخالف نقل الخلاف **قوله**
وهي مسئلة الاجارات يعني اذا استاجر ثلاثة اشهر في راس الشهر اعتبرت بالاهلة اتفاقا فاقتضت كانت او كاملة وان استاجر في اثناء شهر تعتبر الاشهر الثلاثة بالايام
عنده وعندهما يكمل الشهر الاول بالاخير وفيما بين ذلك بالاهلة وقيل الفتوى على قولهما لانه اسهل وليس بشيء ووجه بان الاصل في الاشهر الاهلة
فلا يعدل عنه الا لضرورة وهي مندفعة بتكميل الاول بالاخير ويمكن ان يقول ذلك في الاشهر العربية وهي المسماة بالاسماء وهو لم يستاجر مدة جمادين
ورجب ثلاثة اشهر مثلا وليس يلزم من ذلك الاهلة مرة فلا بد من تسعين لانه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الاهلة صار معناه ثلاثة اشهر من هذا اليوم

قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما
تتجدد بزمان وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة و
ان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطي غير معلق فراراً عن مؤن الولد فكان الزمان زمان الرغبة فصار كزمان الحبل
وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطي لكونه غير معلق او يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل
الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلثاً يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يطلقها للسنة الا واحدة لان
الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما ان
الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة
فصلح علماً ودليلاً بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل

فلا ينقضي هذا الشهر حتى يدخل في الاخر ايام ثم يبتدأ الآخر من حين انتهى الاول فيلزم كذلك في الثلاثة **قوله** ويجوز ان يطلقها اي يطلق التي لا تحيض
من صغر او كبر ولا يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان وبه قالت الائمة الثلاثة وقال زفر يفصل بين وطيها وطلاقها بالشهر وفي المحيط قال الحلواني هذا
في صغيرة لا يرجى حبلها اما فيمن يرجى فالافضل له ان يفصل بين وطيها وطلاقها بشهر كما قال زفر ولا يخفى ان قول زفر ليس هو افضلية الفصل شهر
بل لزوم الفصل لان الشهر قائم مقام الحيض في التي تحيض وفيها يجب الفصل بحيضة ففي من لا تحيض يجب الفصل بما اقيم مقامه وهو الشهر ولان
بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان **قوله** ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها اي في التي لا تحيض من صغر او كبر والكراهة اي كراهة الطلاق
في الطهر الذي جامع فيه في ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض او بالوضع وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا لصغر ولا كبر بل
باتفاق امتداد طهرها متصلا بالصغر وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت الى سن البلوغ ان لا يجوز تعقيب وطيها بطلاقها لتوهم الحبل في كل منهما
ولما كان ظاهر ان يقال قد علمتم منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه لفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فثانيه الامران الطلاق في ذلك
الطهر ممنوع من وجهين لاشتباه العدة ولعدم المبيح وهو الطلاق مع دليل الرغبة وفي الصغيرة والآيسة ان فقد الاول فقد وجد الثاني فيمتنع اجاب
بقوله والرغبة الخ وحاصله منع عدم الرغبة مطلقا بجماع هذه بل انقطاع سبب من اسبابها وهو لا يستلزم عدمها مطلقا الا لو لم يكن من وجه آخر وقد
وجد وهو كونه وطأ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة في الوطي وصار كزمان الحبل وعلى هذا التقرير لا معنى للسؤال القائل
لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتساقطتا بقي الاصل وهو حظر الطلاق وتكلف جوابه لان حاصل الوجه ان للرغبة سببين عدم الوطي مدة تتجدد
الرغبة عند آخرها عادة وكون الوطي غير معلق فعدم المدة فقط بالوطي القريب عدم احد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة
هذا ثم يمكن ان يقال ينبغي ان يقتصر في الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ما قبله من التعليل بعدم توهم الحبل وادعاء ان الكراهة في ذوات
الحيض باعتباره فانه تعليل بما لا اثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى ان ترى الدم ثلث مرات او لا تراه فتستمر في العدة الى ان يظهر
حملها او يظهر انه امتد طهرها بان لم يظهر حملها فتصير لامر ابعد فهذا الحال لا يختلف بوطيها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطيها فيه فظهر ان التعليل باشتباه
وجه العدة لا اثر له اذ لم يبق فرق بين اعتدادها اذا جومعت في الطهر وعدمه الا تجويز انها حملت او لا وهذا الاختلاف معه الحال التي ذكرنا من اعتدادها
لا يقال انه على اصل الشافعي من ان الحامل تحيض يصح التعليل به لانها بعد الانفصال من الوطي يجوز الحبل وان رأت الدم فلا يحكم لعدم رؤيته ثلثا
الا اذا مضت مدة يظهر في مثلها الحبل فلم يظهر بل وعلى اصلنا لانا نمنع من رؤية الحامل الدم بل نقول ان ما تراه استحاضة فمع تجويزنا الحبل لا نتيقن
بان ما رأته حيض او استحاضة وهي حامل الى ان تذهب مدة لو كانت حاملا فيها لظهر الحبل لانا نقول هذا بعينه جار فيما لو وطيت في الطهر الذي يليه
طهر الطلاق فلو اعتبر مانعا منع الوطي فيه ايضا خصوصا في آخره والحق ان كراهة الطلاق عقيب الجماع في ذوات الحيض لعرض التندم لظهور
الحبل لمكان الولد وتشتت حاله وحاله **قوله** وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة ان اعتبر حاضرا او لانه زمان
الرغبة في الوطي لكونه غير معلق لانه اتفق انها قد احبها او منحطة فيبقى آمنا من غيره فرغب فيه لذلك او لمكان ولده منها لانه يتقوى به الولد اليه
فيقصد نفعه فظهر انه لا حاجة الى قوله فيها بل الرغبة في الوطي لكل من الامرين **قوله** ويطلقها ثلثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة حبلت
وابي يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنة الا واحدة وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري رضي الله عنهم لان الاصل في الطلاق

وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له أن يراجعها لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والأصح أنه واجب عملا بحقيقة الأمر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة

المنار وقد ورد الشرع بإرسال الثلث متفرقا على فصول العدة في ذوات الحيض وورد بإقامة الأشهر مقام الحيض في الصغيرة والآيسة فصح الإلحاق في تفريقها على الأشهر والشهر في حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتد طهرها وفيها لا يفرق الطلاق على الأشهر فكذا الحامل وقول محمد رحمه الله قول الأئمة الثلاثة ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة وقد بينا أنها لا تنتفي مطلقا بالطلقة الواحدة فتشرع لدفعها على وجه لا يعقب الندم التفريق على أوقات الرغبة وهي الأطهار التي تلي الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا فكيف وفصولها ليس إلا الحيض لأنها العدة لا الأطهار عندنا فكونها فصلا من فصول العدة ليس جزء المؤثر بل المؤثر دليل الحاجة وشرطه لا لكونه في زمان تجدد الرغبة والتجدد بعد الفتور لا يكون عادة إلا بعد زمان وحين رأينا الشرع فرقها على الأطهار وجعل الإيقاع أول كل طهر جائزا علمنا أنه حكم بتجدد الرغبة عند تحقق قدر ما قبله من الزمان إلى مثله من أول طهر يليه وذلك في الغالب شهر فأدرنا الإباحة على الشهر وعلى هذا فالتفريق على الأشهر في الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولا لإقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالإثبات فيهما أيضا بالقياس لا بالنص ودلالته بخلاف ما قاس عليه من ممتدة الطهر لأنها محل النص على تعلق جواز الإيقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجو في حقها كل لحظة ولا يرجى في الحامل ذلك وعلى هذا التقدير سقط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله تعالى أوجب التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه فطلقوهن لعدتهن لما بينا من انتفاء كونه فصلا من فصول العدة بالنسبة إلى الحكم على أنا نمنع دلالة الآية على التفريق أصلا بل على استقبال العدة بالطلاق والعدة مجموع الأقراء وإنما يفيد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر المتقدم إن من السنة أن تستقبل الطهر فتطلقها لكل قرء وأريد بالقرء الطهر وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم في تفسير الآية أن يطلقها طاهرة من غير جماع وهذا لأن لزوم التفريق طريقه أن مفهوم طلقوهن أوجدوا طلاقهن لعدتهن فيستلزم عموم طلاقهن لأنه جنس مضاف كذا عدتهن فقد أحل جميع طلاقهن وهو ثلث لجميع عدتهن وجميعه بقسم واحد حرام فكان المراد تفريقه على الأطهار أو ما يقوم مقام ما يستلزمها وهذا غير لازم لأن الفعل إنما يدل على المصدر النكرة فالمعنى أوجدوا طلاقا عليهن لعدتهن أي لاستقبال وأيضا فالفصول فصول العدة غير مذكور في النصوص إنما سماها بذلك الفقهاء ولا يعقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها بالنسبة خاصة إليها اتفاق أنه ثلثها اتفاقا وكل شهر من شهور الحامل جزء من أجزاء عدتها كذلك وإن لم يتفق أن نسبته بالثلث وعلى هذا القوي بحث شمس الأئمة أن الشهر من فصول العدة الحامل غير أنا لا نعلق به إباحة الإيقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان تجدد فيه الرغبة عند مسبوقيته بذلك القدر من الزمان قوله وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق خلافا لمن قدمنا النقل عنهم من الإمامية ونقل الخطابي عن إسمعيل بن علية من المحدثين وهذا لأن النهي عنه لمعنى في غيره يفيد النهي لكانت سنن الأمر أي قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن هو المراد بالأمر في قوله صلى الله عليه وسلم ما هكذا أمرك الله وقوله وهو ما ذكرنا أي من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الإيقاع عاص بإجماع الفقهاء ويستحب له أن يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر في حديث ابن عمر في الصحيحين مر ابنك فليراجعها حين طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع فيندفع به قول نافي الوقوع والحث على الرجعة والاستحباب المذكور إنما هو قول بعض المشايخ وكأنه عن قول محمد في الأصل وينبغي له أن يراجعها فإنه لا يستعمل في الوجوب والأصح أنه واجب كما ذكر المصنف عملا بحقيقة الأمر حتى إن المراد الصيغة المطلقة على وجه الحتم واعلم أن على قول الشافعية إن لفظ الأمر الذي مادته أمر مشترك بين الصيغة الإيجابية والندبية حتى يصدق الندب مأمور به حقيقة فعلى هذا لا يلزم الوجوب إذ لا يلزم من قوله مر أوجد الصيغة الطالبة مجردة من القرائن بل يحتمل ذلك كما يحتمله إذا لم يتعين فيثبت كونه مطلوبا في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ولذا قال الشافعي رحمه الله وكذا أحمد رحمه الله بالاستحباب وأما عندنا فاسم الأمر للصيغة الموجبة كما

قال وإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها قال رضـ وهكذا ذكر في الأصل وذكر الطحاوي رحمه الله يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الأولى قال أبو الحسن الكرخي ما ذكر الطحاوي قول أبي حنيفة رح وما ذكر في الأصل قولهما ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزى فتكاملت وإذا تكاملت الحيضة الثانية فالطهر الذي يليه زمان السنة فأمكن تطليقها على وجه السنة ووجه القول الآخر أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه

حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منه أو لكانت صادرة عن حضرة النبي صلى الله عليه وسلم لأنه نائب عنه فيما هو كالمبلغ للصيغة فاشتمل قوله مره على الوجوب صح الوجوب على عمر ان أمر به وبيني على ما يتعلق به من توجيه الصيغة إليه فإنا نقول بالاستحباب هنا إنما هو لعلة أن المعصية وقعت فتندارك بالرجعة فهي شرط التشبيه بعدم مباشرتها إلى آخر أن ذلك لا يصلح صارفا للصيغة عن الوجوب بجواز أن يجاب برفع أثرها وهو العدة بتطويلها إذ بقاء الأمر بقاء ما هو أثره من وجه فاشتركا في الحقيقة قيل عليه ما حاصله أن هذا يصلح جوابا يوجب الوجوب لكن لا يفيد أن ما ذكر القدوري من الاستحباب قول بعض المشائخ مع أن ما في الأصل إنما قال الفقها يدل على الاستحباب مرجح هذا الكلام إلى إنكار نقل الوجوب عن المشائخ صريحا أسلفوا قول بعض المشائخ بل ذلك بحث فإذا تحقق النقل اندفع وقوله هو الأصح كذا في عادة المصنفين لنقل المرجح في المذهب لا ترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب وتذكير ضمير أثره مع أنه للمعصية إما لتأويلها بالعصيان أو هو للطلاق في الحيض **قوله** وإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها هذا لفظ القدوري وهكذا ذكر في الأصل ولفظ محمد فيه فإذا طهرت في حيضة أخرى راجعها وذكر الطحاوي أن له أن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها قال الشيخ أبو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة رح وما ذكر في الأصل قولهما والظاهر أن ما في الأصل قول الكل لأنه موضوع لإثبات مذهب أبي حنيفة رح إلا أن يحكي الخلاف ولم يحك خلافا فيه فلذا قال في الكافي إنه ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رح وبه قال الشافعي في المشهور ومالك وأحمد وما ذكر الطحاوي رواية عن أبي حنيفة رح وهو وجه للشافعية وجه المذكور في الأصل وهو ظاهر المذهب لأبي حنيفة رح من السنة ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضـ مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله عز وجل وفي لفظ حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها ووجه ما ذكر الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر رضـ مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا رواه مسلم وأصحاب السنن والأولى أولى لأنها أكثر تفسيرا بالنسبة إلى هذه الرواية وأقوى صحة وظهر من لفظ الحديث حيث قال ليمسكها حتى تطهر أن استحباب الرجعة أو إيجابها مقيد بذلك الحيض الذي وقع فيه وهو المفهوم من كلام الأصحاب إذا تؤمل فعلى هذا إذا لم يفعل حتى تطهرت تقررت المعصية وأما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تتجزى أي ليس تجزيها على حدته حكم في الشرع والأولى أن يقول لا يمكن أن يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها إذ لا يتصور حيضة إلا الثانية فلغى بعض الأولى ووجه ما ذكره الطحاوي أن أثر الطلاق انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها وعلى هذه الرواية يتفرع ما عن أبي حنيفة رح إذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره أن يطلقها الثانية في ذلك ولو راجعها بعد الثانية لا يكره إيقاع الثالثة وعلى هذا فرع ما لو أخذ بيدها بشهوة ثم قال لها أنت طالق ثلثا للسنة تقع الثلث للسنة في الحال متتابعة لأنه يصير مراجعا بالمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني وكذا الثالث وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا تقع إلا الأولى ثم في كل طهر بعد حيضة تقع أخرى فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك إلى أبي حنيفة إنما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبه هذا إذا وقعت الرجعة بالقول أو بالمس أما إذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له أن يطلقها أخرى في هذا الطهر بالإجماع لأنه طهر جامعها فيه وإن حبلت فعند أبي يوسف رح ليس له أن يطلقها أخرى حتى يمضي وقت الطلاق شهر وعند أبي حنيفة ومحمد وزفر رح له أن يطلقها لأن العدة الأولى سقطت والطلاق عقيب الجماع في الطهر إنما لا يحل لاشتباه أمر العدة عليهما وذلك لا يوجد إذا حبلت وظهر الحبل هذا في تحلل الرجعة فأما لو تخلل النكاح بأن كان الأول بائنا فقيل لا يكره الطلاق الثاني اتفاقا وقيل في تحلل الرجعة ليس له أن يطلقها اتفاقا والأوجه أنه على اختلاف الرواية عنه

ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان نوى ان يقع الثلث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نيته الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر تقع الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث

قوله ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة فان نوى ذلك فالظاهر ثم ان لم يكن جامعها في هذا الطهر وقعت واحدة للحال ثم عند كل طهر اخرى وان كان جامعها لم يقع شيء حتى تحيض وتطهر وعند الشافعي رح يقع الثلث للحال لانه لا بدعة عنده ولا سنة في العدد ولو كانت من ذوات الاشهر يأتي ولو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة في الحال وان كانت ما بينا ثم لا يقع شيء الا ان يتزوجها مرة اخرى فتقع الثانية فان تزوجها ايضا وقعت الثالثة ووجه المسئلة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلث مفرقا على الاطهار ليقع واحدة في كل طهر واما تعليل المصنف بكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لان المعنى ح ثلثا لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق باحد حيثي سنة الطلاق وهو السني وقتا فح فمؤداه ثلثا في وقت السنة ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع فانه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في حيثيها بخلاف ما قررناه اما لو صرفه عن هذا بنية فاراد الثلث حيث يصح خلافا لزفر قال فانه بدعة ضد السنة ولا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته فيه قلنا بل يحتمله لانه سني وقوعا اي وقوعه بالسنة فتصح ارادته وتكون اللام للتعليل اي لاجل السنة التي اوجبت وقوع الثلث بخلاف ما لو صرح بالاوقات فقال انت طالق ثلثا اوقات السنة حيث لا تصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية انما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتمل الوقت والتعليل وهي في مثله للوقت اظهر منها للتعليل فينصرف الى التعليل بالنية والى الوقت عند عدمها بخلاف لفظ اوقات وكذا اذا نوى ان يقع عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت عند راس الشهر حائضا او طاهرة لان راس الشهر اما ان يكون زمان حيضها او طهرها فعلى الثاني هو سني وقوعا وايقاعا وعلى الاول سني وقوعا فنية الثلث عند راس كل شهر مع العلم بان راس الشهر قد يكون حيضا فيه نية الاعم من السني وقوعا وايقاعا معا او احدهما قوله وان كانت اي المرأة التي قال لها انت طالق ثلثا للسنة آيسة او من ذوات الاشهر التي هي فصول العدة عندهم فيتناول الحال عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقعت للساعة واحدة وبعد كل شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا من ان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قوله وان نوى ان تقع الساعة ثلث وقعن عندنا خلافا لزفر رح لما قلنا من انه سني وقوعا فيصح منويا وللقائل ان يقول ينبغي ان يقع الثلث في الحال متتابعة لان هذه يجوز ان يطلقها عقيب جماعها فكان كل وقت في حقها وقت طلاق السنة وما وجهتم به ذلك وهو ان الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب توالي الثلث في الوقوع كما لو مسها بشهوة وقال انت طالق ثلثا للسنة على ما مر عن ابي حنيفة رح حيث يقع الثلث متتالية لان وقت كل واقع منها وقت السنة وان اختلف الوجه وعلى هذا يجب ان لا يختص حل طلاقها ثلثا بتطليقات متفرقة في ان يفرق بين كل تطليقتين بشهر بل غايته ان يكون اولى وينعطف هذا البحث على ما تقدم ايضا قوله بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة اي اذا قال انت طالق للسنة ولم يذكر ثلثا وقعت واحدة في الحال ان كانت في طهر لم يجامعها فيه وان كانت قد جامعها او حائضا لم يقع شيء حتى تطهر فتقع واحدة لان اللام فيه للاختصاص اي الطلاق المختص بالسنة ولو نوى ثلثا مفرقا على الاطهار صح لان المعنى في اوقات طلاق السنة ومن ضرورة تنويع الطلاق في كل وقت منها وهي متعددة تعدد الواقع فيصح ولو نوى ثلثا جملة اختلف فيه فذهب المصنف وفخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات الى انه لا يصح وانما يقع به واحدة في الحال وذهب القاضي ابو زيد وشمس الائمة وشيخ الاسلام الى انه يصح فيقع الثلث جملة كما يقع متفرقا على الاطهار لان للسنة يحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما لو صرح بلفظ الثلث وحققه بعضهم بان التطليق الجملة بالسنة مستحب وهو ما عرف وبدعي وكلاهما عرفا بالسنة وان اقترن احدهما بالنفي فايهما نوى صح فاذا نوى البدعي صح لانه يحتمل

فصل ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار

كلامه مختار المص اوجه لان مع نية الجملة لا يكون اللام للوقت مفيدة للعموم ووقوع الثلث الا عن ضرورة تعميمها بالوقوع لان مجرد طالق لا يصح فيه نية الثلث على ما سياتي ان شاء الله تعالى فاذا انتفى تعميم الاوقات لم يبق ما يصلح لايقاع الثلاث فلا يعمل فيه جملتها وقولهم المختص بالسنة مستحب وبدعي فايهما نوى صح ان اراد انه اذا نوى الطلاق العام الذي هو احد القسمين صح منعناه لان طالقا لا يراد به الثلاث اصلا بلا خلاف في المذهب على ما سياتي لعدم احتماله اياه فلا يراد به وان اراد انه اذا نوى فردا من الطلاق البدعي او المستحب صح فمسلم ولا يفيد وقوع الكل وليس ثم موجب آخر لفرض ان اللام ليست لعموم الوقت ليس غير واورد عليه بعض الشارحين منع ان تعميم الاوقات لا يستلزم تعميم الواقع للاتفاق على انه اذا قال انت طالق كل يوم ولا نية له لا يقع الثلث لما سيعرف من انه تطلق واحدة تكون طالقا كل يوم وكذا الطلاق في وقت من اوقات السنة يقتضي طالقا في جميع اوقاتها المستقبلة وهذا غير مطابق للمتنازع فيه لان الكلام فيما اذا نوى بقوله طالق للسنة تعميم اوقات السنة بالوقوع لا فيما اذا لم يكن نية وقد ذكرنا انه اذا لم تكن نية تقع واحدة وكذلك طالق كل يوم يقع به واحدة بلا نية ولو نوى فيه تجدد الواقع في الايام عملت نيته فيقع الثلاث في ثلاثة ايام نعم هذا يصلح اشكالا على تجويز وقوع الثلث مفرقا على الاطهار في هذه المسئلة ومفرقا على الايام في المسئلة الموردة بناء على ما ذكرنا من ان طالقا لا يقبل التعميم والسنة على ما قرر المص لوقتها فيفيد تعميم الوقت لكن تعميمه لا يستلزم تعميم الواقع في العدد بل انسحاب حكم طلقة واحدة يوجب انها طالق في جميع اوقات السنة المستقبلة وفي كل الايام فلم يوجب تعميم طالق في عدد الطلاق ولا يحتمله فلا احتمال ح للتعميم فلا تصح نيته وسنذكر ما ذكر من وجه تصحيحه في فصل اضافة الطلاق ان شاء الله تعالى **فروع** الفاظ طلاق السنة على ما عن بشر عن ابي يوسف للسنة وفي السنة وعلى السنة وطلاق سنة والعدة وطلاق عدة وطلاق العدل وطلاقا عدلا وطلاق الدين والاسلام واحسن الطلاق واجمله وطلاق الحق او القرآن او الكتاب كل هذه تحمل على اوقات السنة بلا نية لان كل ذلك لا يكون الا في المامور به ولو قال طالق في كتاب الله او بكتاب الله او معه فان نوى طلاق السنة وقع في اوقاتها والا وقع في الحال لان الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج الى النية ولو قال على الكتاب او بعده على قول القضاة او الفقهاء او طلاق القضاة او الفقهاء او فان نوى السنة دين وفي القضاء يقع في الحال لان قول القضاة والفقهاء يقتضي الامرين فاذا خصص دين ولا يسع في القضاء لانه غير ظاهر ولو قال عدلية او سنية وقع عند ابي يوسف للسنة ولو قال حسنة او جميلة وقع في الحال قال محمد وفي الجامع الكبير وقع في الحال في كلها لان هذه الصفات جاز ان توصف بها المراة فلا تجعل الطلاق حتى يتاخر فيقع في الحال واعتبر ابو يوسف ره الغالب وما سياتي في الفصل في التشبيه الطلاق ولو قال طالق للبدعة او طلاق البدعة ونوى الثلث في الحال يقع لانها تحتمل كلامه وكذا الواحدة في الحيض والطهر الذي فيه جماع وان لم يكن له نية فان كان في طهر فيه جماع او في حالة الحيض او النفاس وقعت واحدة من ساعته وان كانت في طهر لا جماع فيه لا يقع للحال حتى تحيض او يجامعها في ذلك الطهر

فصل قوله ولا يقع طلاق الصبي وان كان يعقل والمجنون والنائم والمعتوه كالمجنون قيل وهو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون وقيل العاقل من يستقيم كلامه وافعاله الا نادرا والمجنون ضده والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء وهذا يؤدي الى ان لا يحكم بالعته على احد والاولى اولى وما قيل من يكون كل من الامرين منه غالبا معناه يكثر منه وقيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد والمجنون بلا قصد والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح احيانا والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش كذلك وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون الذي في سنن الترمذي عن ابي هريرة رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه

وطلاق المكره واقع خلافاً للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعاً لحاجته اعتباراً بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع

المغلوب على عقله لضعفه وروى ابن ابي شيبة بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما لا يجوز طلاق الصبي وروي ايضاً عن علي رضي الله عنه كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه وعلقه البخاري ايضاً عن علي فافاد باطلاقه النفاذ وروى البخاري ايضاً عن عثمان رضي الله عنه انه قال ليس لمجنون ولا لسكران طلاق لكن معلوم من كليات الشريعة ان التصرفات لا تنفذ الا ممن له اهلية التصرف وادناها بالعقل والبلوغ خصوصاً ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصاً ما لا يحل الا لانتفاء مصلحة ضده القائم كالطلاق فانه يستدعي تمام العقل ليحكم به التمييز في ذلك الامر ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنه السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبي العاقل ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر لان المدار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا ينبني الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان الكلية وبهذا استبعد ما نقل عن ابن المسيب انه اذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه وعن ابن عمر رضي الله عنهما جواز طلاق الصبي مراده العاقل ومثله عن الامام احمد رحمه الله والله اعلم بصحة هذه النقول **قوله** وطلاق المكره واقع وبه قال الشعبي والنخعي والثوري خلافاً للشافعي رحمه الله وبقوله قال مالك واحمد رحمه الله فيما اذا كان الاكراه بغير حق لا يصح طلاقه ولا خلعه وهو مروي عن علي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه ولان الاكراه لا يجامع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه قلنا وكذلك المكره مختار في التكلم اختياراً كاملاً في السبب الا انه غير راض بالحكم لانه عرف الشرين فاختار اهونهما عليه غير انه محمول على اختياره وذلك لا تاثير له في نفي الحكم يدل عليه حديث حذيفة وابيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم فبين ان اليمين طوعاً وكرهاً سواء فعلم ان لا اثر للاكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار بخلاف البيع لان حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضا وهو منتف بالاكراه وحديث رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه من باب المقتضى ولا عموم له ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم احكام الدنيا واحكام الآخرة بل اما حكم الدنيا واما حكم الآخرة والاجماع على ان حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه والا عمم وروى محمد رحمه الله باسناده عن صفوان بن عمر الطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائماً فاخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثاً او لاذبحنك فناشدها الله فابت فطلقها ثلاثاً ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق وروي ايضاً عن عمر رضي الله عنه قال اربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رديد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة وانما الوجه القائل الاكراه لا يزيل الخطاب فيما اكره فيه حتى يباح مرة ويفترض اخرى ويحرم اخرى فليس الكلام في حل الاقدام وحرمته بل في ترتب حكم ما حل او وجب الاقدام عليه اذا كان تلفظاً اولا يلزم من حل التلفظ دفعاً للضرر عن نفسه ترتب حكمه اذا كان مما يضره فالوجه ما تقدم وجميع ما يثبت مع الاكراه احكامه عشرة تصرفات النكاح والطلاق والرجعة والايلاء والفيء والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر وجمعها النسفي في قوله

يصح مع الاكراه عتق ورجعة + نكاح وايلاء طلاق مفارق
وفيء ظهار واليمين ونذره + وعفو لقتل شاب عنه مفارقي

وهذا في الاكراه على غير الاسلام والا فبالاكراه على الاسلام تتم احد عشر لان الاسلام يصح معه **قوله** وطلاق السكران واقع وكذا عتاقه وخلعه وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الارض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي وما في بعض النسخ المختصر من قوله يقع الطلاق اذا قال نويت به الطلاق يعني المكره والسكران فليس مذهباً لاصحابنا لانه اذا قال نويت به او ذكر كناية من الكنايات مثل انت حرة فيجب ان يصدق فيقع بالاجماع وفي شرح بكر السكر الذي يصح به التصرفات

واختيار الكرخي والطحاوي رحمهما الله انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي رحمه الله لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شربه فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه

ان يصير بحال يحسن ما يستقبحه الناس ويستقبح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة وفي المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي في الاصح واحمد في رواية وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث واسحق بن راهويه وابو ثور وزفر وقد ذكرناه عن عثمان رضه وروي عن ابن عباس رضه وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من مشايخنا ووجهه ان اقل ما يصح التصرف معه ان كان حكمه ما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح او مظنته وليس له ذلك فهو اسوأ حالا من النائم لانه اذا او قظ يستيقظ بخلاف السكران وصار كزواله بالبنج والدواء وهو الافيون وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا اثر له والا صحت ردته ولا تصح قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالامر والنهي بحكم فرعي عرفنا انه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه في الاحكام الفرعية وعقلنا ان ذلك يناسب كونه تسبب في زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه وعلى هذا تفقه فتاوي مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله باكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد ان اختلفوا فيها فافتى المزني بحرمتها وافتى اسد بن عمرو بحلها لان المتقدمين لم يتكلموا فيها بشيء لعدم ظهور شانها فيهم فلما ظهر من امرها من الفساد كثيرا وفشى عاد مشايخ المذهبين الى تحريمها وافتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها فاذا رنا عليه واعتبرنا اقواله وهذا الوجه من الجانبين يفيد ان الخلاف في صحة تصرفات السكران بالمعنى الاول وهو من لا عقل له يميز به الرجل من الاخرة وبه يبطل قول من ادعى ان الخلاف انما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تمييز الرجل من المرأة والعجب مما صرح به في بعض العبارات من ان معه من العقل ما يقوم به التكليف اذ لا شك ان على هذا التقدير لا يتجه لاحد ان يقول لا يصح تصرفاته اما ذلك الخطاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى لانه ان كان خطابا له حال سكره فنص وان كان قبل سكره فيستلزم ان يكون مخاطبا في حال سكره اذ لا يقال اذا جننت فلا تفعل كذا وبدلالات النصوص والاجماع فانه لما الحق بالصاحي فيما لا يثبت مع الشبهة وهو الحد والقصاص حتى حد وقتل اذا قذف وقتل فلان يلحق به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والعتاق اولى وانما لم يعتبر اقراره بما يوجب الحد لان حاله وهو كونه لا يثبت على شيء يوجب رجوعا عما اقر به عقيبه عدم صحة ردته لان صريح النص ما اعتبر عقله باقيا الا فيما هو من فروع الدين فلو اثبتناه في اصل الدين كان بالقياس ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب الاكفار التشديد فيما يوجبه ولان الاكفار والحالة هذه انما يكون احتياطا ولا احتياط في الاكفار بل يحتاط في عدمه ولان ركنها الاعتقاد وهو منتف لا يقال يلزم عدم اكفار الهازل لانه ايضا لا يعتقد ما قاله من الكفر لانا لا نعلق الكفارة ولا نقول كفاره بالاستخفاف لان الاستخفاف بالدين كفر وهو منتف في السكران لان زائل العقل لا يوصف بانه مستخف بشيء وفي جعل الفقيه لان ابقاء عقله للزجر والحاجة الى الزجر فيما يغلب وجوده والردة لا يغلب وجودها ولان جهة زوال العقل تقتضي بقاء الاسلام وجهة بقائه زواله فترجح جهة البقاء لان الاسلام يعلو ولا يعلى وعدم الوقوع بالبنج والافيون لعدم المعصية فانه يكون للتداوي غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو وادخال الآفة قصدا فينبغي ان نقول يقع فان عبد العزيز الترمذي قال سألت ابا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق امرأته قالا ان كان حين شربه يعلم انه ما هو تطلق امرأته وان لم يعلم لم تطلق ومعلوم ان الصورة صحيحة فكان محمل هذا ما قلناه وعن هذا قلنا اذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع والحكم لا يضاف الى علة العلة كالشرب الا عند عدم صلاحية العلة فهنا الصداع للقطع بان ترتب الاثر على العلة الاولى لو تحقق لنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل يثبت الصداع اتفاقا عند استعداد الطبيعة له

وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي رحمه الله عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان

في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل سفر المعصية اما لم يكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد بمعنى الترخص لم يضف زوال العقل اليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال به حيث تعلق التشديد لاضافة زوال العقل اليه وهو المعصية وعلى هذا الورشة بها ما ريا او لا ساقية لقمة ثم سكر لا يقع عند الائمة الثلث وبه قال بعض مشايخنا وفخر الاسلام وكثير منهم على انه يقع لان عقله زال عن كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها والاول احسن لان موجب الوقوع عند زوال العقل ليس الا التسبب في زواله بسبب محظور وهو منتف والحاصل ان السكر بسبب مباح كمن اكره على شرب الخمر او الاشربة الاربعة المحرمة او اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه ومن سكر منها مختارا اعتبرت عباراته واما من شرب من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وبقول محمد يفتى لان السكر من كل شراب محرم **قوله** وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فكانت كالعبارة في الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وشراؤه سواء قدر على الكتابة او لا وهذا استحسان بالضرورة فانه لو لم يعتبر منه ذلك ادى الى موته جوعا وعريا ثم راينا الشرع اعتبر اشارته في العبادات الا يرى انه اذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحا معتبرا فكذا في المعاملات وقال بعض الشافعية ان كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالاشارة لاندفاع الضرورة بما هو ادل على المراد من الاشارة وهو قول حسن وبه قال بعض مشايخنا ولا يخفى ان المراد من الاشارة التي يقع بها طلاقه الاشارة المقرونة بتصويت منه لان العادة منه ذلك فكانت الاشارة بيانا لما اجمله الاخرس وتفصيل ما ذكرنا كتابة الطلاق والاخرس فيما كالصحيح فاذا طلق الاخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لانه عاجز عن الكلام قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء وسنفصله ان شاء الله تعالى في مسائل الكنايات الطلاق **قوله** وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بالرجال فان كان الزوج عبدا وهي حرة حرمت عليه بطلقتين وان كان هو حرا وهي امة لا تحرم عليه الا بثلث ونقل ان الشافعي لما قال عيسى بن ابان له ايها الفقيه اذا ملك الحر على امرأته الامة ثلثا كيف يطلقها للسنة قال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت اوقع اخرى فلما اراد ان يقول فاذا حاضت وطهرت قال له حسبك قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة وبقول الشافعي قال مالك واحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبقولنا قال الثوري وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما والمروي عنه صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء قابل بينهما واعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فكذا ما قوبل به تحقيقا للمقابلة فانه يحتمل ان يراد به الايقاع بالرجال لانه معلوم من قوله تعالى فطلقوهن وفي موطأ مالك ان نفيعا مكاتبا لام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم او عبدا كان تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم اراد ان يراجعها فامره ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ان ياتي عثمان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عائشة ترفعه هو الراجح الثابت بخلاف ما رواه وما عده من معنى المقابلة لانه فرع صحة الحديث وحسنه ولا وجود له حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالطريق يعرف وقال الحافظ ابو الفرج بن الجوزي موقوف على ابن عباس وقيل من كلام زيد بن ثابت وحديث الموطا موقوف عليه على عثمان وهو لا يرى تقليد الصحابي والالزام انما يكون بعد الاستدلال لان حقيقته نقض مذهب الخصم بالاعتقاد والملزم صحيحا ولا يكون نقض مذهب خصمه فقط لا يوجب صحة مذهب نفسه الا بطريق عدم القائل بالفصل وهذا لا يكون الا

ولأن حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم إلا أن العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان وتأويل ما روي أن الايقاع بالرجال وإذا تزوج العبد امرأة باذن مولاه وطلقها وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا

اذا كان ما انقضى به مما يعتقده صحيحا وهو منتف عنده في مذهب الصحابي فهو في معتقده غير منقوض فلم يثبت لمذهبه دليل يقاوم ما روينا فان قلت قد ضعف ايضا ما رويتم بابن رواية مظاهر ولم يعرف له سوى هذا الحديث قلنا اولا تضعيف بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيما رويتم وثانيا بان ذلك التضعيف ضعيف فان ابن عدي اخرج له حديثا آخر عن المقبري عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ عشر آيات في كل ليلة من آخر آل عمران وكذا رواه الطبراني ثم منهم من ضعفه عن ابي عاصم النبيل فقط ومنهم من نقل عن ابن معين وابي حاتم والبخاري تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان واخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس رض قال ومظاهر شيخ من اهل البصرة ولم يذكره احد من متقدمي مشائخنا بجرح فاذن ان لم يكن الحديث صحيحا كان حسنا ومما يصحح الحديث ايضا عمل العلماء على وفقه قال الترمذي عقيب روايته حديث غريب والعمل عليه عند اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفي الدارقطني قال القاسم وسالم عمل به المسلمون وقال مالك رح شهرة الحديث بالمدينة تغني عن صحة سنده انتهى والله اعلم **قوله** ولأن حل المحلية نعمة تتزيد بزيادته ولذا اتسع حله صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضله وللرق اثر في تنصيف النعمة في الشرع كما عرف الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان يعني يلزم لتنصيف النعمة ان يتزوجها مرة ونصفا عقيب طلاقه اياها لكن العقدة لا تتجزى فكملت كالطلقة والحيضة في حقها ثم لو تم امر ما رواه كان المراد به ان قيام الطلاق بالرجال لانها لو كان احتمال اللفظ مساويا لتأيده بما رويناه فكيف وهو المتبادر الى الفهم من ذلك اللفظ كما هو في قولهم الملك بالرجال **قوله** واذا تزوج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح يثبت للعبد لان ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها مبقى على اصل الحرية الا انه يحتاج في ابتداء تملكه اياه الى اذن المولى لانه لم يشرع بلا مال في حق الابتداء والبقاء في حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقا برقبته بحيث تؤخذ هي فيه وفي كل ضرر بالمولى فيتوقف على رضاه به والتزامه اياه فاذا التزمه حتى ثبت له الملك كان اليه رفعه لا الى غيره في سنن ابن ماجة من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس رض جاء النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال يا رسول الله سيدي زوجني امته وهو يريد ان يفرق بيني وبينها فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا ايها الناس ما بال احدكم يزوج عبده من امته ثم يريد ان يفرق بينهما انما الطلاق لمن اخذ بالساق رواه الدارقطني ايضا من غير ما والله اعلم فرع الوكيل بالطلاق لا ينعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنا او رجعيا فللوكيل ان يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة ولو كان بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق بائنا فانه لو طلقها الوكيل

باب ايقاع الطلاق

ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه واقسامه الاولية السني والبدعي تلك الكليات وهذا الباب لبيان احكام جزئيات لتلك الكليات فان المورد فيه خصوص الفاظ كانت طالق ومطلقة مرسلة او مضافة الى بعض المرأة واعطاء حكم الكلي وتصويره قبل الجزئي فنزل منزلة تفصيل يعقب اجمالا فظهر ان المراد باب بيان احكام لانه اراد المعنى المصدري الذي لا تحقق له خارجا **قوله** فالصريح قوله انت طالق الى آخره ظاهر الحمل يفيد ان لا صريح سوى ذلك ليس التطليق بالمصدر ولفظ الكنز كانت طالق ومطلقة وطلقتك احسن لاشعار الكاف بعدم الحصر وعلى هذا لا يصح ضبط الصريح بما طلق بصيغة التفعيل لا الافعال الا ان يقال الوقوع بالمصدر لتناوله لطالق **قوله** وكانت صريحا فان ما غلب استعماله في معنى هو حقيقة له مجازا صريح فان لم يستعمل في غيره فاولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة في هذه الالفاظ بقوله فكان صريحا على الاستعمال في معنى الطلاق

ولانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال

غير الثالث ثم قوله في تعليل عدم افتقاره الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال تم فعلى ان الموصوف بالغلبة بناء عليه وصفه بعدم الاستعمال في غيره والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص وزاد الشافعية في الصريح لفظي التسريح والفراق لورودهما في القرآن للطلاق كثيرا قلنا المعتبر تعارفهما في العرف العام في الطلاق لاستعمالهما شرعا مرادا هو بهما قوله لانه يعقب الرجعة ذكر لانه صريح حكمين كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه الى نية اما الاول فمقيد بما اذا لم يعرض عارض تسميته مال او ذكر وصف على ما سيأتي وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة الى القيد واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن بعد صريح طلاقه المفاد بقوله والمطلقات يتربصن فعلم ان الصريح يستعقبها للاجماع على ان المراد بالبعولة في الآية الكريمة المطلقون صريحا حقيقة كان او مجازا غير متوقف على اثبات كون المطلق رجعيا بعلا حقيقة فلا حاجة الى اثباته في ذلك واما قولهم سماه بعلا فعلم ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ثم ايراد ان حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجا الا مجازا وجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو باولى من قلبه ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك بل يقال ايضا بعد انعقاد سبب زوال معلقا متعلق الملك على معنى منع السبب من تاثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع في البيع الذي فيه خيار شرط للبائع فان معناه رد المبيع عن ان يخرج عن ملكه عند مضي المدة بفسخ السبب في الحال وذلك لانه لم يخرج عن ملكه كما يقال متعلقا بعد تاثير السبب كما في رد المشتري المبيع بالعيب يعني الى قديم الملك الزائل فانما يحتاج اليه لاثبات بحث آخر على ان كونه في الاول حقيقة ما يمنعه الخصم ويدل عليه ايضا قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان فانه اعقبه الرجعة التي هي المراد بالامساك وهو الانسب بقول المصنف انه يعقب الرجعة بالنص وذلك لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل يدل على بقاء النكاح بعد الرجعي وهو المطلوب لآخر ذا ما الثاني وهو كونه لا يفتقر الى النية فنقل فيه اجماع الفقهاء الا داود ولانه لا يمنع ان يراد به الطلاق من غير قيد النكاح قلنا احتمال بعيد اخطاره عند خطاب المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى وحديث ابن عمر حيث امره بالمراجعة ولم يسأله انوى ام لا يدل على ذلك فان ترك الاستفصال في وقائع الاحوال كالعموم في المقال ولا يخفى ان قرائن ارادة الايقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه ودلالة الطلاق قوله تعالى الطلاق مرتان ونحوه على اعتبار عدم النية ابعد ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه اذا لم ينو شيئا اصلا يقع لانه يقع وان نوى شيئا آخر لما ذكر انه اذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء وكذا عن العمل في رواية كما سيذكر ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما لمعناه او النسبة الى الغائبة كما يفيده **فروع** في ذكر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول انت طالق ولا ينوي لا تطلق وفي متعلم يكتب ناقلا من كتاب رجل قال ثم يوقف وكتب امرأتي طالق وكلما كتب قرن الكتابة باللفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه ولو قال لقوم علمت ذكرا بالفارسية فقولوا معي فقال زن من ايسه طلاق فقالوه لم يحكم بالحرمة عليهم وكذا لو لم يعتقدوه ذكرا او اعتقدوه شيئا آخر كذا نقل من فتاوى المنصور وما في الخلاصة لو لقنت المرأة زوجت نفسي من فلان بالعربية ولم تعرف معناه وقبلت بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه او لا يعلمون صح النكاح كالطلاق وقيل لا كالبيع يقتضي عدم الخلاف في الوقوع في مسألة الذكر وفيما في الجنس الاول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق لها زاح طلاق الرجل الذي اراد ان يتكلم فسبق لسانه بالطلاق يقع وفي النسفي فقال ابو حنيفة رح لا يجوز الغلط في الطلاق وهو ما اذا اراد ان يقول اسقني فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين وقال ابو يوسف لا يجوز الغلط فيهما وفي الخلاصة ايضا قالت لزوجها اقرأ علي اعتدي انت طالق ثلثا ففعل طلقت ثلثا في القضاء لا فيما بينه

وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين
في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء
ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء

وبين الله تعالى اذا لم يعلم الزوج ولم ينوه هذا يوافق ما في المنصوري ويخالف مقتضى ما ذكره آنفا من مسئلة التلقين بالعربية والذي يظهر
من الشرع ان لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله وقوله فيمن سبق لسانه واقع اي في القضاء وقد يشير اليه قوله ولو كان بالعتاق يدين بخلاف
الهازل لانه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ وسنذكر في انت طالق اذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع انه اصرح صريح في
الباب ثم لم يعارض ذلك قوله ولا يحتاج الى النية لان المعنى لا يحتاج الى النية يعني للفظ بعد القصد الى اللفظ والحاصل انه اذا قصد السبب عالما بانه سبب
رتب الشرع حكمه عليه اراده او لم يرده الا ان اراد ما يحتمله واما انه اذا لم يقصده او لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم
اللفظ ولا باللفظ فمما ينبو عنه قواعد الشرع وقد قال تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم وفسر بامرين ان يحلف على امر يظنه كما قال مع انه قاصد
للسبب عالم بحكمه فالغاه لغلطه في ظن المحلوف عليه والآخر ان يجري على لسانه بلا قصد الى اليمين كلا والله بلى والله فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده
الاسباب اليه فهذا تشريع لعباده ان لا يرتبوا الاحكام على الاشياء التي لم تقصد وكيف ولا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه فانما لا يصدقه
غير العليم وهو القاضي وفي الحاوي معزوا الى الجامع الاصغر ان اسدا سئل عمن اراد ان يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على ايهما يقع الطلاق
فقال في القضاء تطلق التي سماها وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما اما التي سماها فلانه لم يردها واما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية
فهذا صريح واما ما روي عن نصير من ان من اراد ان يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه **قوله** وكذا اذا نوى الابانة اي
بالصريح يقع رجعيا بلغو نيته لانه قصد باللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة عند وجوده بقوله تعالى اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن
بمعروف او سرحوهن بمعروف وللاجماع على ذلك فيرد عليه لانه اذا استعجل ما اخره الشرع رد كما رد الوارث بالقتل لاستعجاله فيه **قوله**
ولو نوى الطلاق اي بقوله انت طالق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر الا ان يكون مكرها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله
ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه لا يحتمله لان الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة بالعمل فلا يكون
محتمل اللفظ وعن ابي حنيفة رحمه الله يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخلص فكانه قال انت متخلصة عن العمل ولو صرح فقال طالق من هذا العمل
صدق ديانة لا قضاء على الاول لانه يظن انه طلق ثم وصل لفظ العمل استدراكا بخلاف ما لو وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لانه يستعمل فيه
قليلا وكل ما يدين القاضي اذا سمعته منه المرأة او شهد به عندها عدل لا يسعها ان تدينه لانها كالقاضي لا تعرف منه الا الظاهر **قوله**
ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها اي لفظة مطلقة غير مستعملة فيه اي في الطلاق بالمعنى الشرعي عرفا بل في
الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحا فيه فيتوقف على النية **فروع** ولو قال لها يا مطلقة بالتشديد او يا طالق وقع ولو قال اردت الشتم لم
يصدق لان لنداء استحضارا بالوصف الذي تضمنه اللفظ اذ كان يمكنه اثباته بذلك اللفظ بخلاف يا ابني لعبده ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال اردت
ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية ابي سليمان وهو حسن ينبغي على قياس ما في العتق لو سماها طالقا ثم ناداها بيا طالق
وقد روى وكيع عن ابن ابي ليلى عن الحكم بن عيينة عن خيثمة بن عبد الرحمن ان امرأة قالت لزوجها سمني فسماها الظبية فقالت ما قلت شيئا فقال
هات ما اسميك فقالت سمني خلية طالق قال فانت خلية طالق فجاءت عمر رضي الله عنه فقالت ان زوجي طلقني فجاء زوجها فقص القصة فاوجع عمر راسها وقال خذ بيدها واوجع
راسها ولو قال طلقتك امس وهو كاذب كان طلاقا في القضاء ولو قال فلانة طالق ولم يسمها او نسبها الى ابيها او امها او اختها او ولدها او امرأته بذلك الاسم والنسب

لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا

فقال عنيت اخرى اجنبية لا يصدق في القضاء بخلاف لا اقرار لفلان بن فلان اذا ادعى من ذلك اسمه ونسبه لا يلزمه الاعطاء ويحلف ماله عليه هذا المال لانه هو فلان بن فلان ثم لو قال هذه المرأة التي عنيت امرأتي وصدقته في ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق في ابطال الطلاق عن المعروفة الا ان يشهد الشهود على نكاحها قبل ان يتكلم بالطلاق او على اقراره بها قبل ذلك او تصدقه المرأة المعروفة كذا في الكافي للحاكم ولو قال لامرأتي فلانة بنت فلان طالق وسماها بغير اسمها لا تطلق امرأته الا بالنية وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال ان خرجت من البلدة قبل ان اقضيك فامرأتي فلانة طالق واسم امرأته غيره لا تطلق اذا خرج قبله ولو قال لاحدى نسائه يا زينب فاجابته زوجته عمرة فقال انت طالق طلقت المجيبة ولو قال وقت زينب طلقتا هذه بالاشارة وتلك بالاقرار هذا في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى فانما يقع على التي قصد ما ذكره في البدائع ولو قال انت زينب فقالت عمرة نعم فقال اذن انت طالق لا تطلق ولو قال عليك الطلاق او لك اعتبرت النية ولو قال قولي انا طالق لا تطلق حتى تقول لها ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح احداهما فاسد فقال فلانة طالق ثم قال عنيت التي نكاحها فاسد لا يصدق في القضاء وكذا لو قال احدكما او احدى امرأتي طالق ويقع بالتهجي انت ط ا ل ق وكذا لو قيل له طلقتها فقال ن ع م اذا نوى صرح بتقييد النية في البدائع ولا يقع باطلقك الا اذا غلب في الحال ولو قالت انا طالق فقال نعم طلقت ولو قال في جواب طلقني لا تطلق وان نوى ولو قيل له الست طلقتها فقال بلى طلقت او نعم لا تطلق والذي ينبغي عدم الفرق فان اهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما ايجاب المنفي ولو قال عندي طلاقك فقالت اعطيت اختلف في اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها ويقع بطلقتك سد اطلقها في النوازل مرة ثم اعادها وشرط النية وهو الحق واما المصحف فهو خمسة الفاظ تلاق وتلاغ وطلاغ وطلاك وتلاك ويقع به في القضاء ولا يصدق الا اذا اشهد على ذلك قبل التكلم بان قال امرأتي تطلب مني الطلاق وانا لا اطلق فاقول هذا او يصدق ديانة وكان ابن الفضل يفرق ولا بين العالم والجاهل وهو قول الحلواني ثم رجع الى هذا وعليه الفتوى ولو قال نساء اهل الدنيا او نساء الري طوالق وهو من اهل الري لا تطلق امرأته الا ان نواها رواه هشام عن ابي يوسف رح وعليه الفتوى وعن محمد روايتان ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه في الاصح وفي نساء اهل السكة او الدار وهو من اهلها ونساء هذا البيت وهي فيه تطلق ونساء اهل القرية منهم من الحقها بالدار ومنهم من الحقها بالمصر ولو قال طلاقك علي يقع ولو زاد فرض او واجب او لازم او ثابت قيل تطلق رجعية نوى او لا وقيل لا يقع وان نوى وقيل في قول ابي حنيفة رح يقع وفي قولهما لا يقع في واجب ويقع في لازم وقيل في قول ابي يوسف رح يرجع في ذلك كله الى نيته وقيل يقع في واجب للتعارف وفي الثلاثة لا يقع وانما هو لعدم التعارف في الفتاوى الكبرى للخاصي المختار انه يقع في الكل لان الطلاق لا يكون واجبا او ثابتا بل حكمه وحكمه لا يجب ولا يثبت الا بعد الوقوع وفرق بينه وبين العتاق وهذا يفيد ان ثبوته اقتضاء ولا يتوقف على نية الا ان يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيما بينه وبين الله تعالى ان قصده وقع والا فانه قد يقال هذا الامر علي واجب بمعنى ينبغي ان افعله لا اني فعلته فكانه قال ينبغي ان اطلقك قد تعورف في عرفنا في الحلف الطلاق يلزمني لا افعل كذا يريد ان فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب ان يجري عليهم لانه صار بمنزلة قوله ان فعلت فانت طالق وكذا تعارف اهل الارياف الحلف بقوله علي الطلاق لا افعل ولو قال طال بلا قاف يقع قيل لانه ترخيم وهو غلط اذ الترخيم اختيارا في النداء وفي غيره انما يقع اضطرارا في الشعر ولو قال انت ثلاث وقعت ثلاث ان نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال لم انو لا يصدق اذا كان في حال مذاكرة الطلاق لانه لا يحتمل الرد والا صدق ومثله بالفارسية لو نبسه على ما هو المختار للفتوى خلافا للصفار ولو قال انت اطلق من فلانة وفلانة مطلقة او غير مطلقة فان عنى به الطلاق وقع والا فلا لانه نوى ما يحتمله لفظه والمعنى عنده عدم كونها مطلقة لاجل فلانة لان افعل التفضيل ليس صريحا وهذا بخلاف ما اذا قالت له مثلا فلان طلق زوجته

قال ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك اعطيته جزيلا اى عطاء جزيلا

ولو قال انت الطالق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم تكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلاثا فثلث

فقال لها ذلك فانه يقع وان لم ينو وكذا لو قال انت ازنى من فلانة لا يحد لانه ليس صريحا في القذف وعن محمد رحمه الله فيمن قال لامرأته كوني طالقا او اطلقي يقع لان قوله كوني ليس امرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن اثبات كونها طالقا كقوله تعالى كن فيكون ليس امرا بل كناية عن التكوين كنيتها طالقا فيقتضي ايقاعا قبل فيتضمن ايقاعا سابقا وكذا قوله اطلقي ومثله لامته كوني حرة **قوله** ولا يقع به اى بالصريح المقيد بالفاظ المتقدمة انت طالق مطلقة طلقتك الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك لا الصريح مطلقا الا ما منه المصدر فبه يقع الثلث بالنية وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى وهو قول الائمة الثلثة وزفر وقول ابي حنيفة رحمه الله الاول ثم رجع عنه ووجه قول الجمهور انه نوى محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر الطلاق لان الوصف كالفعل جزء مفهومه المصدر وهو محتمله اتفاقا ولهذا اى ولان ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير صح قران العدد به تفسيرا حتى ينصب على التمييز وحاصل التمييز ليس الا تعيين احد محتملات اللفظ ويدل عليه حديث ركانة انه اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال طلقت امرأتي البتة قال صلى الله عليه وسلم والله ما اردت الا واحدة فقال والله ما اردت الا واحدة فردها النبي صلى الله عليه وسلم عليه وايضا اذا صح نية الثلث بقوله انت بائن وهو كناية ففي الصريح الاقوى اولى **قوله** ولنا انه نعت فرد قيل غير مستقيم لان الكلام ليس في المرأة الموصوفة انما تحتمل العدد على ما يعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق بل في المعنى المصدري الذي تضمنه وحاصله لا تمنع احتمال العدد بجنسيته وتحرير التقرير ان انت طالق اذا اريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها باطلاقها من قيد النكاح وهي مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق والمتيقن ان الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام فاما ان يكون اثبته اقتضاء تصحيحا للاخبار فلا يتجاوز الواحدة اذ الضرورة تندفع بها والمقتضى لا عموم له لذلك او نقله من الاخبار الى الانشاء وهو خلاف الاصل لا يصار اليه الا بموجب نقل وهو منتف لان جعله موقعا لا يستلزم نقله لان بابثاته اقتضاء يحصل المقصود ويتعين بل القطع بتخلف الاخبار لازم الاخبار اذ لا يفهم من انت طالق قط احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل ينبغي ان قيل اخبار من وجه انشاء من وجه بل هو انشاء من كل وجه لما قلنا ويكن ان يقال بعد تسليم المعلوم من الشرع جعله موقعا واحدة فعلم انه انما نقله الى انشاء ايقاع الواحدة فجعله موقعا لما شاء استعمال حيث المنقول اليه الا ان ينقل ان الشارع نقله لما هو اعم ولا ليس فلا يراد به وبملاحظة ما يصح ان يراد بالمصدر كما ذكرتم انما يتفرع عن ارادة الاستعمال اللغوي ونقله الى الانشاء بيانه انه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة على ان المصدر الذي دل عليه اللفظ هو الانطلاق الذي هو وصفها وذلك لا يتعدد اصلا بل يختلف بالكيفية وبين بالبينونة والرجعية شرعا وما الا في الكمية ومن ثم يتفق كلامهم هنا في البيع حيث جعل المصر بعت انشاء حيث قال لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وبهذا يظهر عدم صحة ارادة الثلث في مطلقة وطلقتك لانه صار انشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة وعلى هذا فالعدد ونحو ثلاثا لا يكون الا صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره اى طلاقا اى تطليقا ثلاثا كما ينصب في الفعل مصدر غيره ومثل انبتكم من الارض نباتا او يضمر له فعل على الخلاف فيه بخلاف طلقها وطلقي نفسك لان المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصح ارادته منه لانه لا نقل فيه الى ايقاع واحدة هذا ونقض بطالق طلاقا فانه يصح لارادة الثلث على ارادة ما ان المنتصب به هو المصدر لطالق ويدفع بان طلاقا المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ فصح ان يراد به الثلث على ارادة التطليق به معمولا لفعل محذوف تقديره طالق لاني طلقتك تطليقا ثلاثا يبقى انه يريد ارادة الثلث بانت الطلاق وهو صفة المرأة والجواب انه اذا نوى الثلث كان المعنى انت وقع عليك التطليق فيصح نية الثلث ولو نقض بانه لم لا يجوز في طالق عند ارادة الثلث ان يراد انت ذات وقع عليك التطليق وجاز في المصدر ثم قد يدفع بانه لو اريد بالمصدر الذي في ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفاعل اسم المفعول وهو منتف فان قلت ظاهر ما ذكرت انه لو صح ان يراد اسم المفعول

ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى اما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر قد يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اى عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية والجنسية والمثنى بمعزل منهما

صحت ارادة الثالث والغرض ان صريح اسم المفعول كانت معلقة لا تقبل نية الثالث فكيف بما ادعوه والجواب ان الذي لا يقبلها هو اسم المفعول المنقول للانشاء على ان التزمنا الجواب به والذي يراد بطالق ليس للانشاء فتامل ويدل على انه لا يراد بطالق الثلث حديث ابن عمر رض في الصحيحين انه طلق امرأته في الحيض فلم يستفسره النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان مما تصح ارادة الثالث به لاستفسره ويدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد في سنن ابي داود انه طلق امرأته سهيمة البتة فقال صلى الله عليه وسلم والله ما اردت الا واحدة فقال والله ما اردت الا واحدة الحديث فظهر انه لا يمضي حكم المحتمل حتى يستفسر عنه وثبت لنا مطلوب آخر وهو ان الكنايات عوامل بحقائقها الا انها اريد بها الطلاق والا كان غير محتمل فلم يستفسره كما لم يستفسر ابن عمر فلو كانها عوامل بحقائقها احتملت فيسأله وانما احتملت حقائقها اعني معنى البينونة التي تقيده البتة مثلا كلا من نوعيها الغليظة المرتبة على الثالث والخفيفة المرتبة على دونها فصح ان يراد كل من النوعين غير انه اذا لم يكن له نية تثبت الاخف للتيقن **قوله** ووقوع الطلاق باللفظة الثانية يعني طالق الطلاق والثالثة وهي طالق طلاقا اذ ما في الكتاب ظاهر غير ان وقوع الثلاث بطالق طلاقا ان لم يكن بالمصدر ربما يقال طالق في حق الايقاع كما اذا ذكر معه العدد فان الواقع هو العدد فالا ليشكل فانه يقع به واحدة ويقع بالمصدر ثنتان اخريان اذا طالق الحرة لما عرف وهذا يقوى المروي عن ابي حنيفة رح انه لا يقع به الا واحدة وان نوى ثلثا

ويجب ان يلحق بطالق الطلاق مثله على هذه الرواية اذ لم يذكر الا في الكتاب **قوله** اما وقوعه باللفظة الاولى وهي الطلاق فان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار كقوله انت طالق ويرد انه اذا اريد به طالق يلزم ان لا تصح فيه نية الثلث وسنذكر جوابه **قوله** لا يحتاج فيه الى النية الى شيء انت الطلاق الى نية لانه صريح في غلبة الاستعمال المنقول عن الشافعية ان التطليق بالمصدر بالكناية لانه لم يغلب استعماله فيه قول المصنف لغلبة الاستعمال لا يفيد لان الذي غلب استعماله هو الوصف لا المصدر قلنا المراد ان المصدر حيث استعمل كان ارادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا في طالق الصريح فيثبت له حكم طالق لا يقال فيلزم في سائر الكنايات انها صرائح لانا نمنع انها مستعملة في الطلاق بل في معانيها الحقيقية على ما تحقق ولذا وقع بها البائن فان قيل فكيف يقع الثلاث وقد اريد به طالق قلنا لانه كما قلنا صريح في طالق يحتمل ان يراد على حذف مضاف اي ذات طلاق وعلى ذلك التقدير تصح ارادة الثلث ولما كان محتملا توقف على النية وهذا اوجه الشارحين الله تعالى اوجه ما قيل انه وان اريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح ارادة الثلث به لان الارادة باللفظ ليست الا باعتبار معناه لا ذاته التي هي هواء مصنوع فاذا فرض ان معناه الذي يريد به ليس الا ما يصلح لارادته منه فكيف يراد به ذلك الذي لا يصح ويمكن ان يراد بها عين الطلاق مبالغة فتصح معه ايضا ارادة الثالث وعليه قول الخنساء فانما هي اقبال وادبار يعني الناقة لا على ان المراد مقبلة مدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا يصح خلافا لزفر والشافعي الا ان تكون المرأة امة لهما ان المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثالث قلنا نية الثلث لم يصح باعتبار انه كثرة بل باعتبار انها فرد حتى انه عام مشتمل صاحبه بخلاف الثنتين في الحرة لانه عدد محض والفاظ الوحدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد وهو بالفردية الحقيقية والجنسية والمثنى بمعزل عنهما وقد ذكر الطحاوي انه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام الا واحدة واما المحلى فيقع به الثلاث قال الجصاص والتفرقة لا نعرف لها وجها الا على الرواية التي رويت عن ابي حنيفة رح في انت طالق طلاقا انه يكون واحدة وان نوى ثلثا لان المصدر ذكر للتأكيد المجاز لا للايقاع اما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق وفي المغني لابن هشام نقلا عن بعض التواريخ ان الرشيد كتب الى ابي يوسف رح ما قول القاضي الامام فيمن قال للمرأة: فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن وان تخرقي يا هند فالخرق اشأم فانت طلاق والطلاق عزيمة ثلث ومن يخرق اعق واظلم

ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول رقبتك طالق او عنقك طالق او راسك طالق او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت اعناقهم وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان

فقال ابو يوسف رحمه الله هذه مسئلة نحوية فقهية لا آمن الغلط فيها فاتى الكسائي فسئله فاجاب عنها بما سنذكره وهو بعد كونه غلطا بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد فان من شرطه معرفة العربية واساليبها لان الاجتهاد يقع في الادلة السمعية العربية والذي نقله اهل التثبت من هذه المسئلة عمن قرأ الفتوى حين وصلت خلاف هذا وان المرسل بها الكسائي الى محمد بن الحسن ولا دخل لابي يوسف رحمه الله اصلا ولا للرشيد ولمقام ابي يوسف رحمه الله اجل من ان يحتاج في مثل هذا التركيب مع امامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الالفاظ ففي المبسوط ذكر ابن سماعة ان الكسائي بعث الى محمد رحمه الله بفتوى فدفعها الى فقرأتها عليه فقال ما قول قاضي القضاة الامام فيمن قال لامرأته
فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن ... وان تخرقي يا هند فالخرق اشأم
فانت طلاق والطلاق عزيمة ... ثلث ومن يخرق اعق واظلم
فما وقع عليه فكتب في جوابه ان قال ثلث مرفوعا يقع واحدة وان قال ثلاثا منصوبا يقع ثلث لانه اذا ذكره مرفوعا كان ابتداء خبر فيبقى قوله انت طلاق فيقع واحدة واذا قال ثلثا منصوبا على معنى البدل والتفسير فيقع به ثلث كانه قال انت طالق ثلثا والطلاق عزيمة لان الثلث تفسير الواقع فاستحسن الكسائي جوابه ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور الصواب ان كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة اما الرفع فلان ال في الطلاق اما لمجاز الجنس نحو زيد الرجل اي المعتد به واما للعهد الذكري اي وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلث ولا يكون للجنس الحقيقي لئلا يلزم الاخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع اذ ليس كل طلاق عزيمة ثلث فعلى العهدية يقع الثلث وعلى الجنسية واحدة واما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلث اذ المعنى فانت طالق ثلثا ثم اعترض بينهما بالجملة وكونه حالا من الضمير في عزيمة فلا يلزم وقوع الثلث لان المعنى والطلاق عزيمة اذا كان ثلثا فانما يقع ما نواه هذا ما يقتضيه اللفظ واما الذي اراده الشاعر فالثلث لانه قال بعده
فبيني بها ان كنت غير رفيقة ... وما لامرئ بعد الثلث مقدم انتهى
وتخرقي بضم الراء مضارع اخرق بكسرها والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق ولا يخفى ان الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في ارادة ان الطلاق عزيمة اذا كان ثلثا واما الرفع فلامتناع الجنس الحقيقي كما ذكر بقي ان يراد مجاز الجنس فيقع واحدة او العهد الذكري وهو اظهر الاحتمالين فيقع الثلث ولهذا ظهر من الشاعر انه اراده كما افاده البيت الاخير فجواب محمد رحمه الله بناء على ما هو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات الى الاحتمال **قوله** لو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق تقدم انه اذا اراد بطالق طلاقا وبالطلاق ثنتين لا يصح فافاد هنا انه لو ارادهما بالتوزيع صح ووجهه بقوله لان كلا منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطلاق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها وهذا منقول عن ابي يوسف رحمه الله والفقيه ابي جعفر وشيخ الاسلام لان طالقا نعت وطلاقا مصدر فلا يقع الا واحدة وكذا في انت طالق الطلاق ويؤيده ان طلاقا بالنصب لا يدفع بعد صلاحية اللفظ للتعدد وصحة الارادة به الا بما ندر لزوم صحة الاعراب في الايقاع من العالم والجاهل وظهر ان الاولى في التشبيه ان يقال فصار كقوله انت طالق طالق وطلاق وان صح الآخر من جهة المعنى **قوله** وان اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع ومثل المضاف الى الجملة بقوله انت طالق والمضاف الى ما يعبر به عن الجملة برقبتك طالق ولا يخفى ان الاضافة فيهما معا الى ما يعبر به عن الجملة من لفظ انت ورقبتك الخ والتحقيق ان ما يعبر به عن الجملة اما بالوضع او بالتجوز وقوله لان التاء ضمير المرأة هو احد الاقوال في انت انه برمته ضمير او التاء وان عماد واللواحق حرف تدل على خصوص المراد **قوله** ويقول رقبتك طالق او عنقك او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او راسك او وجهك هذه امثلة ما يعبر به عن كل الانسان وذكر استعمالها فيها واما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج فغريب جدا وابعد الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما اخرجه ابن عدي

رأس القوم ووجه العرب وهلك روحه ونفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزء شائعا مثل ان يقول نصفك وثلثك طالق لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

في الكامل عن ابن عباس رضـ قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج ان يركبن السروج وضعفه وانث لفظ ذوات الفروج من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة اطلاقا للبعض على الكل **قوله** راس القوم اى كبيرهم ويا وجه العرب يعني يا اوجههم وبه يندفع ما اورد ان الاستدلال به فاسد لان معناه ان القوم كالجسد وفلان الراس منه لا ان فلانا يعبر به عن القوم كلهم وكذا ما قيل معنى يا وجه العرب انك في العرب بمنزلة الوجه لانه عبر به عن جملة العرب بالوجه وفيما اهم به ولا يتم استدلاله به على ان الوجه يعبر به عن الجملة الا اذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا ايها العرب انتهى ومبنى كلامه على ان التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتألم بعضهم بتألم البعض فاثبت له الوجه ولا يخفى انه ليس بلازم بجواز كونه مجازا استعارة تحقيقية شبه الرجل بالراس لشرفه على سائر الاعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته فاطلق عليه راس القوم ووجههم اى اشرفهم وقوله تعالى كل شيء هالك الا وجهه ويبقى وجه ربك اى ذاته الكريمة واعتق راسا وراسين من الرقيق واما الخبر مادام راسك سالما فيقال مراد به الذات ايضا **قوله** ومن هذا القبيل الدم يعني في رواية يطلق ويراد به الكل وهي رواية كتاب الكفالة قال لو كفل بدمه يصح وفي رواية كتاب العتق لا يصح فانه قال اذا قال دمك حر لا يعتق وفي الخلاصة صحح عدم الوقوع **قوله** وكذلك ان طلق جزءا شائعا يعني يقع عليها كنصفها وسدسها لان الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالاجارة **قوله** لو قال يدك طالق او رجلك وهذا يقابل معنى الاول اى الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فانه جزء معين لا يعبر به عن الجملة ومنه الاصبع والدبر لا يقع الطلاق باضافته اليه خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد ولا خلاف ان بالاضافة الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لا يقع والعتاق والظهار والايلاء وكل سبب من اسباب الحرمة على هذا الخلاف فلو ظاهر او آلى او اعتق اصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم وكذا العفو عن القصاص وما كان من اسباب الحل كالنكاح لا تصح اضافته الى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف **قوله** لهما انه قياس مركب نتيجة الاول انه اى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فيجعل صغرى ويضم اليها وما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق وبالقياس الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع وهذا على قول طائفة من الشافعية فانهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالاضافة الى الجزء المعين فقيل يقع عليه ثم يسري كما في العتق قال الغزالي هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق وقيل يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ قالوا وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال ان دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت ان قلنا بالسراية لا يقع وان قلنا بالعبارة عن الكل يقع **قوله** ولنا الخ حاصله منع محليته للطلاق يمنع على كونه محلا للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وامرها به معه الى تسليمها نفسها وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح اولا ثم يثبت الحل شاغلة حكما لهذا الحكم والطلاق ينبئ عن رفع القيد فيكون رفعه من رفع ذلك ويرتفع الحل شاغلة رفعه كما ثبت تبعا لثبوته وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من اجزاء الهوية لان المنع خطاب ولا يتعلق بالاجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وان لم يكن لها يد وحل الاستمتاع بالاجزاء المعينة تبع في ذلك فلا يتعلق
بخلاف الجزء الشائع اذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق ووقوعه بالاضافة الى الراس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصرا ولذا نقول لو قال الزوج عنيت الراس مقتصرا قال الحلواني لا يبعد ان يقال لا يقع لكن ينبغي ان يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى اما في القضاء اذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق ولو قال عنيت باليد صاحبتها لما اراد عرفا لا بمعنى

واختلفوا في الظهر والبطن والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلث تطليقة كانت طالقا تطليقة واحدة لأن الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لأن نصف التطليقتين تطليقة فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلاثا

في قوله ذلك بما قدمت يداك أي قدمت وعنه صلى الله عليه وسلم في قوله على اليد ما أخذت حتى ترد وتعارف قوم التعبير بها من الكل وقع بالإضافة إليها لأن الطلاق مبني على العرف كذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع ولو تكلم به العربي ولا يدريه لا يقع ولا مناقشة في هذا إنما الخلاف في أن ما يكون بتعامل يكون محلا لإضافة الطلاق إليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل فأما على مجازه في الكل فلا إشكال أنه يقع وإن كان أورد على اليد كونه مستقبحا لغة إنما يؤثر **قوله** واختلفوا في الظهر والبطن والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن كل البدن ولذا لو قال ظهرك علي أو بطنك كظهر أمي لا يكون مظاهرا وقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة إلا عن ظهر غنى الظهر مقحم فيه أما لو كان فيهما عرف في إرادة الكل بهما ينبغي أن يقع ولذا لا يقع بالإضافة إلى البضع وما في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع قال شمس الأئمة الحلواني تصحيف إنما هو بضعك أو نصفك وفي الخلاصة استك طالق كفرجك طالق بخلاف الدبر قال شارح عندي فيه نظر لأن الاست بمعنى الدبر وليس هذا كالبضع بمعنى الفرج إنما يقع في الفرج دون البضع بجواز تعارف أحدهما في الكل دون الآخر والأوجه أن محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا أن المدار تعارف التعبير به عن الكل وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الاست كذلك بل لأن حقيقة الكلام أن يقال يقع بالإضافة إلى اسم جزء يعبر به عن الكل فإن نفس الجزء لا يتصور التعبير به او قد يقال على المتن إن كان المعتبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب أن لا يقع بالإضافة إلى الفرج أو وقوع استعماله من بعض أهل اللسان فيجب أن لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في القرآن والحديث على ما ذكرناه وأيضا ظاهر الكلام أن المضاف إلى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح إذ لم يشترط في الوقوع به النية أو الصراحة بغلبة الاستعمال ومعلوم انتفاؤه في الطلاق كذلك **قوله** وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت تطليقة وكذا الجواب في كل جزء سماه كالثمن أو قال جزء من ألف جزء من تطليقة وقال نفاة القياس لا يقع به لأن بعض الشيء غيره والمشروع الطلاق لا غيره ولا يخفى أن المراد غيره ما ليس إياه والأول البعض عند المتكلمين ليس نفسا ولا غيرا والجواب أن الشرع ناظر إلى صون كلام العاقل وتصرفه ما أمكن ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفوا عنه فلما لم يكن المذكور لا يتجزأ كان كذكر كله تصحيحا كالعفو **قوله** ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لأن نصف التطليقتين تطليقة فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة وقيل ينبغي أن لا تقع الثالثة لأن في إيقاعها شكا لأن ثلاثة أنصاف تطليقتين يحتمل ما ذكره ويحتمل كونها طلقة ونصفا لأن التطليقتين إذا نصفتا صارتا أربعة أنصاف فثلاثة منها طلقة ونصف فتكمل طلقتين وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفا طلقتين ونصفا كل من طلقتين والثاني هو الموجب للأربعة الأنصاف وهو احتمال في ثلاثة أنصاف تطليقتين فيثبت في النية لا في القضاء لأن الظاهر هو أن نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين **قوله** ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير وإليه ذهب الناطفي والعتابي وعرف منه أنه لو قال نصفي تطليقة يقع واحدة وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلاثا والثالث كالجمع اختصار المتعاطفات فكأنه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ولو قيل إن المعنى نصف تطليقة ونصفها الآخر ومثله بالضرورة إذ ليس للشيء إلا نصفان فيقع ثنتان اتجه أن نصفها ونصفها أجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلثها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلث لأن النكرة إذا أعيدت نكرة فالثانية غير الأولى فأوقع عن كل

ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة وان قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر رح في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط

تطليقة جزء ولو زاد جزء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون الجزء الاخير من اخرى مع على هذا لو قيل يقع ثلث اذا قال نصف طلقة وثلثها وسبعة اثمانها لم يبعد الا ان الاصح في اتحاد المرجع وان زادت اجزاء واحدة ان تقع واحدة لانه اضاف الاجزاء الى واحدة نص عليه في المبسوط والاول هو المختار عند جماعة من المشائخ ولو قال لاربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا اذا قال بينكن تطليقتان او ثلث او اربع الا اذا نوى ان كل تطليقة بينهن جميعا فيقع في التطليقتين على كل منهما تطليقتان وفي الثلاث ثلاث ولو قال بينكن خمس تطليقات وقعت لكل تطليقتين وكذا ما زاد الى ثمان فان زاد الثمان فقال تسع طلقت كل ثلثا ولا يخفى الوجه وكذا لو قال اشركتكن في ثلث تطليقات فانه طلقنا بين ولفظ الاشتراك سواء بخلاف ما لو طلق امراتين له كل واحدة واحدة ثم قال للثالثة اشركتك فيما اوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لانه شركها في كل تطليقة وفي آخر باب الطلاق من المبسوط لو قال فلانة طالق ثلثا ثم قال اشركتك فلانة معها في الطلاق وقع على الاخرى ثلث بخلاف ما تقدم لان هناك لم يسبق وقوع شيء فينقسم الثلث بينهن نصفين قسمة واحدة وهنا قد وقع الثلث على الاولى فلا يمكنه ان يرفع شيئا مما وقع عليها باشراك الثانية وانما يمكنه ان يسوي الثانية بها بايقاع الثلث عليها ولانه لما وقع الثلث على الاولى فكلامه في حق الثانية اشتراك في كل واحدة من الثلث فكانه قال بينكما ثلث تطليقات وهو يوجب ان كل تطليقة بينهما فقدر ورد استثناء فيمن قال لزوجة انت طالق ثلثا وقال لاخرى اشركتك فيما وقعت عليها والثالثة اشركتك فيما اوقعت عليهما فبعد ان كتبنا تطلق الثلث ثلاثا قلنا ان وقوعهن على الثالثة باعتبار انه اشركها في ست وفي المبسوط ايضا لو قال لامرأتين انتما طالقان ثلثا ينوي ان الثلث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل منهما ثنتين لانه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلثا وكذا لو قال لاربع انتن طوالق ثلثا ينوي الثلث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلثا **قوله** انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان وهذا التفصيل عند ابي حنيفة رح وقالا في الاولى فهي اي قوله من واحدة الى ثنتين وما بين واحدة الى ثنتين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله من واحدة الى ثلث وما بين واحدة الى ثلث يقع ثلث وقال زفر رح في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين اولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول الى في الصورتين فالاولى ما كان مدخول الى ثنتين والثانية ما كان مدخولها ثلثا ثم قال المصنف في قول زفر رح وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وتمامه ان زفر رح لا يدخل الحدين لا الاول ولا الثاني والعرف ان يراد بالغاية المتاخرة فقط مدخول الى وحتى لانها المنتهى فوجه ما ذكر باستعمال الغاية في الحد اي الحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو المبيع مثلا ولا يدخل الجدار فيه فكذا في الطلاق وقد صرح بتسمية الاولى غاية في وجه ابي حنيفة رح حيث قال ثم الغاية الاولى والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الاصولي لان زفر رح انما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيد جوابه المنقول للاصمعي حين ساله عند باب الرشيد عن قول الرجل انت طالق ما بين واحدة الى ثلث فقال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين وكذلك من واحدة الى ثلث لان الغاية لا تدخل تحت المغيا فالزمه في قول الرجل كم سنك فقال من ستين الى سبعين ان يكون عمره تسع سنين فيكون ايراد مسئلة البيع ذكر محل باعمال اللفظ كالدليل السمعي بذكر محل اعماله يبين انه غير متروك الظاهر لا للقياس عليها والحاصل ان ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا لاصل القياس فيكون جزء الدليل ثم قد نسب الى ابي حنيفة رح ما نسب الى الاصمعي عن زفر انه قال له

وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رح ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين ومابين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكر والاصل في الطلاق هو الحظر ثم الغاية الاولى لابد ان يكون موجودة لترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع

الالزام كم سنك وقال لزفر مابين ستين الى سبعين فقال ابو حنيفة سنك اذا تسع سنين وهذا البعيد اذ يبعد ان يجيب فيما بين واحدة الى ثلث ونحوه بذلك ثم يقال له كم سنك فيجيب بلفظ مابين دون ان يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور ورود الالزام مع الاوقد اعد جوابه فلم يكن بحيث ينقطع حتى انه روي انه قال عند الزام الاصمعي استحسن في مثل هذا والذي يتبادر في وجه استحسانه ان في قول الرجل سني مابين الستين الى السبعين عرفا في ارادة الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا عرف في الطلاق اذ لم يتعارف التطليق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره وقد قيل من طرفه غير هذا وهو ان مابين العددين المذكورين اكثر من ستين فكيف تكون تسعة وهذا بناء على ان مابين ستين وسبعين احد وستون ومن اثنان وستون الى تسع وستين لا واحد الى تسعة وانما يصح اذا لم يعتبر الحد الاول خارجا عن المسمى بلفظ مابين كذا وكذا والظاهر انه خارج وجواب زفر حيث قال لا يتناول الحدين صحيح فيه والاوجه ما ذكرنا والله اعلم **قوله** وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل لقول الرجل خذ من مالي من عشرة الى مائة وبع عبدي بما من مائة الى الف وكل من الملح الى الحلو اي اخذ المائة والبيع بالف واكل الحلو **قوله** ولابي حنيفة رح ان المراد في العرف والاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا يخفى ان المراد في ذلك انما هو اذا كان بين الحدين متخلل فانه لا يتحقق في نحو من درهم الى درهمين ارادة مجموع الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ففي نحو طالق من واحدة الى ثنتين انتفى ذلك العرف منه عنده فوجب اعمال طالق فيقع واحدة ولا يعترض بانه لا يتاتى في من واحدة الى ثنتين لانه لم يذكر الا ما يصدق عليه ولم يدع انه جار في غيره ليعترض بانه لم يصدق مع عدم متخلل مع انه مسوق لنفي قولهما يجب الاكثر والحاصل ان قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة الى قول زفر رح الا انهما اطلقا فيه وابو حنيفة يقول انما وقع لذلك فيما مرجعه اباحة كالمثل المذكور واما ما اصله الحظر حتى لا يباح الا لدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم ارادة الكل غير ان الغاية الاولى لابد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية في صورة ايقاعها وهي صورة من واحدة الى ثلث اذ لا ثانية بلا اولى ووجود الطلاق على وقوعه بخلاف الغاية الثانية في صورة ايقاعها وهي الثالثة مستغنى في هذه الصورة فانه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة اما في صورة من واحدة الى ثنتين فلا حاجة الى ادخالها لانها انما دخلت ضرورة ايقاع الثانية بلا ثالثة وهو منتف وايقاع الواحدة ليس باعتبار ادخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يخالف وتقع بطالق وهذا كما صح في قوله من واحدة الى واحدة انه يقع واحدة عنده وعند زفر رح خلافا لما قيل لا يقع عنده شئ لعدم المتخلل ووجه بانه يلغو قوله من واحدة الى واحدة لامتناع كون الواحد مبدأ الغاية ومنتهى ويقع بطالق واحدة كذا هنا يجب ان يلغو من واحدة الى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة واورد اذا قيل طالق ثانية لا يقع الا واحدة اجيب بان ثانية لغو فيقع بانت طالق واحدة بخلاف قوله هنا من واحدة الى ثلاث وانه كلام معتبر في ايقاع الثانية فلا يتحقق ذلك الا بعد ايقاع الاولى فان قيل لفظ مابين هنا وهذا يستدعي وجود الامرين وجودهما ووقوعهما فيقع الثلث الجواب ان ذلك في المحسوسات اما ما نحن فيه من الامور المعنوية فانما يقتضي الاول واحتمال وجود الثاني عرفا ففي من الستين الى السبعين يصدق اذا لم يبلغ السبعين بل منتظرة ولم يعد مخطئا في التكلم به لافادة ذلك القدر يبقى ان يقال هذا ان انتهض عليهما لا ينتهض على زفر لما تقدم انه يقال من طرفه لا عرف في الطلاق فلا يلزم ادخال الغاية الاولى لان بين انما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقع بل من حيث هي مابين الواحدة والثلث فلا احتياج الى ادخالها ضرورة ايقاع الثانية في من واحدة الى ثلث وانما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق فيجب اعتبار موجب اللفظة وهي لا توجب الا دخول ما بين الحدين ولا مخلص الا بادعاء ان العرف افاد ان مثله يراد به ذلك في اي مادة وقع وقد لا يسلمه زفر رح **قوله** بخلاف جواب عن قياس زفر على مسئلة من هذا الحائط الى هذا الحائط بالفرق بان التطليقة الثانية واقعة لا وجود لها

ولو نوى واحدة يدين بانه لا اختصاص لا انه يحتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر رح تقع
ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله
حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في تأتي
بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في
اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رح ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول
على ما بيناه ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر رح هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول

الا بوقوع الاولى فوقعت ضرورة بخلاف الغاية في البيع لم تدع ضرورة الى ادخالها في المبيع فبقيت الغايتان خارجتين وانت علمت ان الاستدلال على الاقوال الثلاثة ليس الا بقضية اللفظ ومسئلة البيع لا لما ان اللفظ لم يترك ظاهره فتحقق الفرق على قول ابي حنيفة ان العرف فيه ارادة الاكثر من الاقل الى اخره فاقتضى به من واحدة الى ثلاث وقوع ثنتين لانهما الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فلزم وقوع الاولى بخلاف بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط لان المتعارف ما وقع في الاعداد نحو ستين الى سبعين ومابين ستين الى سبعين ونحوه فيقضى اللفظ في غيرها على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان وبه اندفع سؤال ان مابين يقتضي وجود الطرفين فيقع ثلاث كقولهما فان العرف اعطى ان قضيته عدم وقوع الثانية **فرعان** لو قال من واحدة الى عشرة تقع ثنتان عند ابي حنيفة رح وقيل يقع ثلثا لان اللفظ معتبر في الطلاق حتى لو قالت طلقني ستا بالف وطلقها ثلثا وقعت الثلاث بخمسمائة ولو قال مابين واحدة وثلث وقعت واحدة نقل عن ابي يوسف رح بخلاف ما اذا كان غاية وكذا يجب عند الكل الا ان كان فيه العرف الكائن في الغاية **قوله** ولو نوى واحدة اي في من واحدة الى ثلث او في مابين واحدة الى ثلث اذا كان فيه عرف الغاية **قوله** لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه **قوله** ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب عالما بعرف الحساب فهي واحدة وفيما اذا لم تكن له نية اولى ان تقع واحدة وقال زفر رح والحسن بن زياد تقع ثنتان وهو قول مالك والشافعي في وجه اذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجبه عند الحساب لو كان ممن يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجها واحدا وبه قال احمد وعندنا تقع واحدة بكل حال وجه قول زفر ان عرفهم فيه تضعيف احد العددين بعدد الاخر فقوله واحدة في ثنتين كقوله واحدة مرتين او ثنتين في مرة وثنتين في ثنتين ثنتين مرتين فكانه قال طالق اربعا فيقع الثلث فالالزام بانه لو كان كذلك لم يبق فقير في الدنيا لا معنى له اصلا لان ضربه درهمه مثلا في مائة الف ان كان على معنى الاخبار كقوله عندي درهم في مائة فهو كذب وان كان على الانشاء كجعلته في مائة لا يمكن لانه لا يجعل بقوله ذلك مائة فليس ذلك الكلام بشيء **قوله** اثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب لا في زيادة العدد والطلقة التي يجعل لها اجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة ولا يخفى ان هذا لا معنى له بعد قولنا ان عرف الحساب في التركيب اللفظي كون احد العددين مضعفا بعدد الاخر فان العرف لا يمنع والغرض انه تكلم بعرفهم واراده فصار كما لو اوقع بلغة اخرى فارسية او غيرها وهو يدريها

قوله فان نوى واحدة وثنتين بقوله واحدة في ثنتين وهي مدخول بها وقعت ثلاثة لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف لجمع المظروف فصح ان يراد به معنى الواو ولو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة كما لو قال لها انت طالق واحدة وثنتين وان نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولا بها كانت او غير مدخول بها كما قال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين وارادة معنى لفظة مع بها ثابت كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي وفي الكشاف ان المراد في جملة عبادي وقيل في اجساد عبادي ويؤيده قراءة في عبدي فهي على حقيقتها على هذا ولا يخفى ان تأويلها مع عبادي ينبو عنه وادخلي جنتي فان مع لما معهم ليس الا في الجنة فالاوجه ان يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ونتجاوز عن سيئاتهم في اصحاب الجنة وعن الاحتمال المذكور لو وقع مثله في الاقرار بان قال له على عشرة في عشرة وادعى الخصم الجمع اي مجموع الحاصل على الاصطلاح يحلفه القاضي انه ما اراد الجمع اما الواو او معنى الظرف نعم ولم تقع الا المذكور اولا في جوازه في ثنتين واحدة في ثنتين ثنتان اتفاقا لان الطلاق لا يصلح حقيقة الظرف فيلغو الثاني **قوله** ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة رجعية وقال زفر رح بائنة لانه وصف الطلاق بالطول اورد عليه انه لو قال طالق طلقة طويلة او عريضة كانت رجعية عند زفر فكيف يعلل البينونة ههنا بالطول اجيب بانه يحتمل كونه تفريقا عن صفة الطول بحجم

قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا
لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء
لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال
في دخولك الدار يتعلق بالفعل للمقارنة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية **فصل** في اضافة الطلاق الى الزمان

فيقع ... الرجعي وكناية فيقع به البائن لان الاثبات بطريق الكناية ابلغ منه بالصريح كما في كثير الرماد لانه ابلغ من جواد ولانه اثبات الجود بدليله
يعني كثرة الرماد وانه تعليل على مذهبنا الزاما كانه قال لما قال من هنا الى الشام فقد وصفه بالطول ولو وصفه بالطول صريحا بان قال طلقة
طويلة ... بائنة عندكم فكذا الكناية بل اولى لما قلنا وقد فعل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية في صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس
على صاحب النصاب اذا دفعه الى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكوة مع ان الزكوة لا تسقط عنده اذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك الا ان
عنده في المسألة روايتين كما جوزه في الكافي لان بعض المشائخ قال في دليله لانه وصفه بالطول ولو قال انت طالق طلقة طويلة كان بائنا كذا هنا
ولان قوله من هنا الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز ان لا تحصل البينونة عنده باحدهما وتحصل بالوصف بهما لانه يفيد العظم فكانه قال كالجبل
لكن يقتضي هذا ان لا يقتصر على قوله لانه وصفها بالطول بل يقول بالطول والعرض **قوله** قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق وقع في كل الدنيا
وفي السموات ثم هو لا يحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو الرجعي وطوله بالبائن ولانه لم يصفها بالعظم ولا بالكبر بل مده الى مكان وهو لا يحتمل ذلك
... بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة وقال التمرتاشي انه امتداد المرأة لا الطلاق ووجهه انه حال ولا يصلح صاحب الحال في التركيب الا الضمير
في طالق **قوله** ولو قال انت طالق بمكة او في مكة طلقت في الحال وكذا في الدار وان لم تكن في مكة ولا الدار وكذا في الظل والشمس والثوب
كالمكان ولو قال طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال وكذا اذا قال انت طالق وانت مريضة وان قال عنيت اذا لبست واذا مرضت دين
فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه كما اذا قصد بقوله بمكة اعني في مكة اذا دخلت مكة فانه يتعلق بالدخول بانه لا اختصاص
قوله لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان المعنى ان الطلاق لا يتصور ان يتعلق بمكان بعينه دون غيره لان الطلاق والمعنى به رفع القيد
الشرعي معدوم في الحال وقد جعل الشارع لمن له التخلص التخلص بلفظ وضعه تعالى سببا لذلك ان يعلق وجوده بوجود امر معلوم متى وجد
حكم سبحانه بوجود المعنى ... رفع القيد ... وضعا شرعيا لازما عقليا والزمان والافعال هم الصالحان لذلك لان كلا منهما معدوم في الحال ثم يوجد او
تعدد بعد فتعينا للتعليق ... بوجود كل منهما بخلاف المكان الذي هو عين ثابتة فانه لا يتصور الاناطة به ولو اناطه به قبل وجوده فالمناط
انما هو وجوده او فعل الفاعل له فكان الصالح للتعليق وجود المعنى به الزمان والافعال ثم الزمان في الاضافة والتعليق يكون مستقبلا
اما الحال فانما يكون معه التنجيز ... وقوع المعلق لا المعلق واما اضافته الى الماضي فحاصله فليس في وسعه فيلغو ويصير انت طالق فيقع به في
الحال وانما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل بفعل معدوم فناسب ان يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لان الفعل لا يمكن ان
يوجد بوجود ما علق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له وانما يصح ذلك في اثره الشرعي لان حاصله تعليق خطابه بالحرمة عنده وهذا ممكن اعتباره
شرعا فجعلنا المعلق رفع القيد لا فعل التطليق والله سبحانه وتعالى اعلم **قوله** ولو قال في دخولك الدار او مكة تعلق بالفعل اي بالدخول كما
لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لاداة الشرط للمقارنة بين معنى الشرط والظرف من حيث ان المظروف لا يوجد بدون الظرف
كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فحمل عليه عند تعذر معناه اعني الظرف وكذا اذا قال في لبسك او في ذهابك وقد بينا وجه صلاحية الفعل
لذلك لا فرق بين كون ما يقوم بها فعلا اختياريا او غيره حتى لو قال في مرضك او وجعك او صلاتك لم تطلق حتى تمرض او تصلي
فصل في اضافة الطلاق الى الزمان ذكر في باب ايقاع الطلاق فصولا متعددة باعتبار تنوع الايقاع اي بابه الايقاع على ما قدمنا الى مضاف وموصوف

ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد وذلك بوقوعه فى اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص فى العموم وهو يحتمله وكان مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم فانه يؤخذ باول الوقتين الذى تفوه به فيقع فى الاول فى اليوم وفى الثانى فى الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة ولو قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثانى فى الفصلين

وبشتية وغيره معلق بمدخول بها وغير مدخول بها وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى بابا كما ان الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا والكل تحت الصنف الذى هو نفس العلم المدون فانه صنف عال والعلم مطلقا بمعنى الادراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقه وقطعية كالكلام والحساب والهندسة فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجد ما يترتب على العلم باحوال شتى او اشياء من جهة خاصة وضعه ليبحث عن احواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلى فصار صنفا وقيل لواضع صنف العلم اى جعله صنفا فالواضع للعلم اولى باسم المصنف من المؤلفين وان صح اطلاقه عليهم وعلم بما ذكرنا انها متباينة مندرجة تحت صنف على التباين العوارض المقيد بكل منها النوع وان ما ذكر من نحو كتاب الحوالة اللائق به خلاف تسميته بكتاب **قوله** ولو قال انت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد لان جميعه هو المسمى بالغد ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى سبحانه لا فى القضاء لانه خلاف الظاهر وقوله لانه نوى التخصيص فى العموم تنزيل للاجزاء منزلة الافراد والا فلفظ غدا نكرة فى الاثبات فتخص فليس من صيغ العموم **قوله** ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم تقع فى اول الوقتين تفوه به اما الاول فلانه تنجزه فلا يرجع متاخرا الى وقت فى المستقبل واورد عليه انه لم لا يعتبر لاضافة اخرى بلا اضافة عين ما تنجز والجواب ان اعتبار كلامه انما كان للحاجة وهى مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة اخرى تجب لمراعاتها ووقوع اخرى فانها اذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك حتى لو كانت بالعطف بان قال انت طالق اليوم وغدا او اول النهار وآخره لا يقع الا واحدة لانها طالق فى الغد وآخر النهار بطلاقها فى اليوم واول النهار وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله انت طالق اليوم اذا جاء غد فانها لا تطلق الا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الاول بالآخر فلم لم يتوقف باتصال الاضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما مغير للتنجيز فيظهر انه مضاف لا انه طلاق آخر وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بان ذكر الشرط يبين ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وهو ظاهر وكذا يسقط الجواب بان طالق اليوم انقاع فى الحال واذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار احدهما للتنافى واعتبار المعلق اولى لان فى اعتباره الغاء كلمة واحدة وهى لفظة اليوم فى اعتبار المنجز الغاء كلمات وهى قوله اذا جاء غد لانه لم يقع الفرق فى الجوابين بانه توقف فلم يكن تنجيزا مع اتصال المغير الشرطى ولم يتوقف وكان تنجيزا مع اتصال المغير الاضافى فان قيل لم لم يجعل الثانى ناسخا اجيب بان النسخ فرع ثبوت الاول وتقرره وتقرر الطلاق الاول ثبوته ووقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك تاخيره واما الثانى وهو قوله طالق غدا اليوم فلانه وقع مستقبلا مضافا وبعد ما صح مضافا الى غد لا يكون بعينه منجزا بل لو اعتبر كان تطليقة اخرى وانما وصفها بتطليقة واحدة لانها لزمت اضافتها الى الغد فلزم الغاء اللفظ الثانى ضرورة ولا يمكن جعله ناسخا للاول لان النسخ انما يكون بكلام مبتدا فى نفسه متراخ وهو منتف هنا فان قلت فما وجه المسئلة اذا وسطت الواو فالجواب انه اذا قدم المتقدم من الوقتين كانت طالق اول النهار وآخره او اليوم وغدا او فى ليلك ونهارك وهو فى الليل او قلبه وهو فى النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة الى الاخرى لانها بطلاقها فى اول الوقتين تكون طالقا فى آخرهما ولو نوى ان يقع عليها اليوم واحدة وغدا واحدة صح ووقعت ثنتان وكذا طالق اليوم وغدا وبعد غد يقع واحدة بلا نية فان نوى ثلاثا متفرقة على ثلاثة ايام وقعن كذلك وان قدم المتاخر كطالق غدا واليوم او فى نهارك وليلك وهو فى الليل او قلبه وهو فى النهار فعن زفر وكذلك يقع واحدة وعندنا يقع ثنتان لان الاول وقع مضافا صحيحا والواو فى عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقديرها فى الاول بعد انضمام الحاصل انت طالق

ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة رحمه الله انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة

غدا او انت طالق اليوم وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر رحمه الله فيما لو قال انت طالق كل يوم فعند زفر رحمه الله تقع ثلث في ثلث ايام لانه موقع في كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالقا في كل يوم يحصل بايقاعه في هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعا كل يوم ولا يخفى ان نقل هذا الخلاف مع الرواية عنه في طالق غدا واليوم تقع واحدة مشكل لان كل يوم اما ان يتعين اليوم وغدا وبعد غد الى آخر الزمان فتقع واحدة او قلبه غدا وما بعده واليوم فكذلك وكذا لو قال انت طالق ابدا لم تطلق الا واحدة فلو نوى ان تطلق كل يوم تطليقة اخرى صحت نيته وفي هذه المسألة ما قدمناه من البحث اول كتاب الطلاق في مسألة انت طالق للسنة وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه ان صحة نية الثلث انما باعتبار اضمار التطليق كانه قال طالق كل يوم تطليقة او باضمار في كانه قال في كل يوم ولو قال في كل يوم طلقت ثلثا في كل يوم واحدة وهو ما قاس عليه زفر رحمه الله وفرقوا بان في للظرف والزمان انما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم فيه وقوع تعدد الواقع بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع **قوله** ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار صدق في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق في القضاء خاصة ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لهما انه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار كقوله طالق غدا وفيه لا يصدق في نية آخره ولهذا اي ولانه ما وصفها بالطلاق في جميع الغد يقع في اول جزء منه اتفاقا عند عدم النية وهذا وهو كونه وصفها بالطلاق في جميع الغد ضرورة انه بمنزلة غدا الا ان حذف لفظة في مع ارادتها واثباتها سواء فاذا كان في حذفه يفيد عموم الزمان ففي اثباته كذلك ولابي حنيفة رحمه الله ان ذكر لفظة في يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها اعم من كونه متصلا بجزء آخر او كله اولا وانما يعرف خصوص احدهما من خارج كما في صمت في يوم يعرف الشمول وكلمت في يوم يعرف عدمه لا مدلولا للفظ فاذا نوى جزءا من الزمان خاصا فقد نوى حقيقة كلامه لان ذلك الجزء من افراد المتواطئ بخلاف ما اذا لم يذكر وصل الفعل اليه بنفسه فان المتبادر عمومه للقطع من اللغة بفهم الاستيعاب في سرت فرسخا وعدمه في سرت في فرسخ وصمت عمري وفي عمري فنية جزء معين فيه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء **قوله** ولو قال انت طالق امس او في الشهر الذي خرج وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء باجماع الفقهاء لانه اسند الطلاق الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فكان حاصله انكار الطلاق فيلغو فكان كقوله انت طالق قبل ان اخلق ولانه حين تعذر تصحيحه انشاء امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح اي طالق امس عن قيد النكاح اذ لم تنكحي بعد او عن طلاق زوج كان لها ان كان بخلاف ما لو قال للمعينة انت طالق انت طالق حيث يقع ثنتان لان الظاهر في التركيب لفظ الايقاع والانشاء فلا يعدل عنه الا لتعذره والصارف عنه الى محتمله وهو عدم صحة الانشاء منتف لبقاء المحلية بعد الطلقة الاولى اما لعود القيد بعد زواله لثبوت العدة كقول طائفة من المشائخ او لبقائه متوقفا الى انقضاء العدة كقول المحققين ويشهد لهم انه اذا قال كل امرأة لي طالق يقع على المطلقة الرجعية اخرى لا يقال ذلك لقيام العدة بعود القيد لانه لا يقع على المبانة مع قيام عدتها بخلاف ما لو قال لامرأتيه احدكما طالق احدكما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الاخبار ثانيا او التاكيد الا ان يقصد التجديد لان الايقاع على المنكر ليس غالبا ولا الداعي الى تكثير الطلقات من اللجاج والغضب بحيث لا يقنع الزوج بواحدة موجودا فيه لان تحقق ذلك في المعينة لا في المنكرة ولو كان تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا لكذبه وعدم قدرته على الاسناد فكان انشاء في الحال فيقع الساعة وعلى هذه النكتة حكم بعض المتاخرين من مشائخنا في مسألة الدور المنقولة عن متاخري الشافعية وهي ان طلقتك فانت طالق قبله ثلثا وحكم اكثرهم انها لا تطلق بتنجيز طلاقها لانه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلثا ووقوع الثلث سابقا على التنجيز يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ونقول ايضا ان هذا التغيير بحكم اللغة لان الاجزية تتنزل بعد الشرط او معه لا قبله وبحكم العقل ايضا لان مدخول اداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه

ولو قال لها انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي او نائم ويصح اخبارا على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما في الوقت قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم شعر واذا تكون كريهة أدعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت

ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا البتة فيبقى الطلاق جزاء للشرط غير مقيد بقبلية والحكم الشرعي لان النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدي الى رفعها فيتفرع في المسئلة المذكورة وقوع ثلث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة او ثلثا وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف اهلية فيلغو ولو كان قال ان طلقتك فانت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك **قوله** ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شي لانه اسنده الى حالة منافية فصار كقوله طلقتك وانا صبي او نائم او مجنون وكان جنونه معهودا فان لم يكن معهودا طلقت للحال لانه اقر بطلاقها واسنده الى حالة لم تعهد فلم يعتبر قوله في الاضافة او يصح اخبارا على ما ذكرناه من كونه اخبارا عن عدم النكاح او طلاق زوج متقدم **قوله** لو قال انت طالق ما لم اطلقك ومتى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت باتفاق العلماء لان متى ظرف زمان وكذا ما تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان قال تعالى قصا لكلام عيسى عليه السلام واوصاني بالصلوة والزكوة ما دمت حيا اي مدة دوامي حيا فصار حاصل المعنى اضافة طلاقها الى زمان خال عن طلاقها وبمجرد سكوته وجد الزمان المضاف اليه فيقع فلو قال موصولا انت طالق بر حتى لو قال متى لم اطلقك فانت طالق ثلاثا ثم وصل قوله انت طالق قال اصحابنا بر ووقعت واحدة وقال زفر ثلاث ولو قال انت طالق كلما لم اطلقك وسكت وقعت الثلث متتابعا لا جملة لانها تقتضي عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فان لم يكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط ولو قال حين لم اطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت وكذا زمان لم اطلقك وحيث لم اطلقك ويوم لم اطلقك وان قال ما لا اطلقك او حين لا اطلقك لم تطلق حتى تمضي ستة اشهر لان لم تقلب المضارع ماضيا مع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع وحيث للمكان كم مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق وكلمة لا للاستقبال غالبا فان لم يكن له نية لا يقع في الحال وانما يراد بحين ستة اشهر لانه اوسط استعمالاته اذ يراد به ساعة نحو قوله تعالى حين تمسون وحين تصبحون وستة اشهر نحو قوله سبحانه وتعالى تؤتي اكلها كل حين واربعون سنة كما في قوله عز ذكره حين من الدهر والزمان كالحين لانهما سواء في الاستعمال **قوله** لو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت باتفاق العلماء لان الشرط ان لا يطلقها وذلك لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة لانه متى طلقها في عمره لم يصدق انه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو انه طلقها واليأس يكون في آخر جزء من اجزاء حيوته ولم يقرره المتقدمون بل قالوا تطلق قبيل موته فان كانت مدخولا بها ورثته بحكم الفرار والا لا ترثه وقوله وهو الشرط يعني العدم وقوله في ان لم آت البصرة اعطاء نظير والمراد ان كل شرط بان منفيا حكمه كذلك وهو ان لا يقع الطلاق او العتاق اذا علق به الا بالموت لما ذكرنا وزاد قيدا حسنا في المبتغى بالغين المعجمة قال اذا قال لامرأته ان لم تجيئني بكذا فانت طالق ثلثا فهو على الابد اذا لم يكن ثمة ما يدل على الفور انتهى ومن ثمة قالوا لو اراد ان يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال ان لم تدخلي البيت معي فانت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت لان مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات **قوله** وموتها بمنزلة موته هو الصحيح احترز به عن رواية النوادر انها لا تطلق بموتها لانه قادر على ان يطلقها وانما عجز بموتها وصار كقوله ان لم ادخل الدار فانت طالق يقع بموته لا بموتها وجه الظاهر ان الوجه السابق ينتظم موتها وموته بخلاف تلك المسئلة فان بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع اما الطلاق فانه يتحقق اليأس عنه بموتها واذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرث منها الزوج لانها بانت قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت وانما حكمنا بالبينونة وان كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها لان الغرض ان الوقوع في آخر جزء لا يتجزى فلم يليه الا الموت وبه تبين **قوله** ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى تموت عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق حين سكت

ولابي حنيفة رحمه الله انه يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم شعر واستغن ما اغناك ربك بالغنى ؛ واذا تصبك خصاصة فتجمل فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما

لان كلمة اذا للوقت كلمة متى قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم وهو ابن احمر او حي بن جمرة سن واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب يعني اخاه الصغير وما قيل انه لعنترة الحسنى فخطأ عند اهل المعرفة بالشان لانتفائه من ديوانه ولم يعرف لعنترة اخ اسمه جندب اصلا وانما له اخ من امه اسمه شيبوب ثم لم تكن امه بحيث تواكل اياه شدادا حسبا لانها ابعد من ذلك عند من اطلع على قصته وقبل البيت المذكور هل في القضية اذا استغنيتم وامنتم فانا البعيد الاجنب واذا الشدائد بالشدائد من امرائكم فانا الحبيب الاقرب واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب هذا وجدكم الصغار بعينه لا ام لي ان كان ذاك ولا اب عجب لتلك قضية واقامتي فيكم على تلك القضية اعجب واعترض بعض المحشين بان كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثاني ادعى ويدعى وايضا نظيره لها بما هي غير صحيح لانها لا تمحض للوقت ابدا وهما مبنيان على ان قوله للوقت يعني المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبهما عليه بل المنقول لهما انه لا يسقط عنها معنى الوقت في المجازات فاورد الشاهدين لها للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لهما حاجة ان بينا انها للوقت المجرد عن الشرط بل حاجتهما في اثبات الاجماع ليكون دفعا لظاهر القول الكوفيين **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله انها تستعمل للشرط ايضا يعني الشرط المجرد من معنى الظرفية والا لا يفيد وهذا مذهب نقل عن الكوفيين واستشهد بقوله واذا تصبك خصاصة فتجمل حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف والظرف اما على حد سواء واما على انها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل ولذا صدقه القاضي في دعواه ارادة الشرط المجرد وبهذا يقع الفرق لهما بين هذه ومسئلة الحلف على ان لا يشرب من دجلة حيث صرفناها الى الشرب بالانية وكرعا لان المجاز هناك غالب واحتاج ابو حنيفة الى الفرق لانه جزم هناك لنهار بالمعنى الحقيقي لا هنا وفرقه ان حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة وعلى اعتبار المجاز لان حكمه اعم من ذلك ومن الشرب اغترافا فكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك اي للتيقن بحكمها بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فانه يقتضي الوقوع في الحال وهو مناف لحكم المجاز وانت سمعت ان البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وان استعملت شرطا كمتى فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع واما كونها مجازا في جزء معناها فلم يسمع يقينا وبتقدير احداثه بناء على عدم اشتراط النقل في آحاد المجاز فكونه كثير استعماله حتى يساوي الحقيقة ممنوع ثم لا يخفى انه يجب على قولهما اذا اراد معنى الشرط ان لا يصدقه القاضي بل يصح ديانة لان الوجه عندهما ظهورها في الظرف مرادة خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء والبيت المذكور له قاله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصي حميدا ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح اولها اجبيل ان اباك كارب قومه فاذا دعيت الى المكارم فاعجل اوصيك ايصاء امرئ لك ناصح طبن بريب الدهر غير مغفل الله فاتقه واوف بنذره واذا حلفت مماريا فتحلل والضيف اكرمه فان مبيته حق ولا تك لعنة للنزل واعلم بان الضيف مخبر اهله بمبيت ليلته وان لم يسأل ودع القوارض للصديق وغيره كيلا يروك من اللئام العزل واصل المواصل ما صفا لك وده واحذر حبال الخائن المتبذل واترك محل السوء لا تحلل به واذا نبا بك منزل فتحول دار الهوان لمن رآها داره افراحل عنها كمن لم يرحل واستان حلمك في امورك كلها واذا عزمت على الهوى فتوكل واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل واذا هممت بامر شر فاتئد واذا هممت بامر خير فاعجل واذا اتتك من العدو قوارص لا اك ولا تقل لم افعل واذا افتقرت فلا تكن متخشعا ترجو الفواضل عند غير المفضل واذا تشاجر في فؤادك مرة امران فاعمد للاعف الاجمل واذا لقيت القوم فاضرب فيهم حتى يروك طلاء اجرب مهمل واذا لقيت الباهشين الى الندى غبرا اكفهم بقاع ممحل فاعنهم وايسر بما يسروا به واذا هم نزلوا بضنك فانزل

وفي الشجري ان واذا اخضتم ... واتم ... البعيد الاجنب واخو الغنى ... الصغار بعينه لا ام لي ان كان ذاك ولا اب

ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رح لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو المقصود ولا يمكن تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى

وقد استعمل الشاعر اذا فيها للشرط في ثلاثة عشر موضعًا بالجزم ودخول فاء الجزاء ويعقل من عقلت الناقة بالعقال يريد عقلي تريث الدهر غير ممنوع وتجمل اي تظهر جميلا ولا تظهر جزعا وقيل كل الجميل اي الجمول وهو الشحم المذاب واين هذا من الاول في تاديب وفي المبتغى لو قال اذا طلقتك فانت طالق واذا لم اطلقك فانت طالق فمات قبل ان يطلق يقع عليها طلقتان لانه لما مات قبل التطليق حنث في اليمين الثانية فيقع عليها طلاق وهذا الطلاق يصلح شرطا في اليمين الاولى لانه وقع بكلام واحد بعد اليمين الاولى فحنث في اليمين فيقع طلاقان ولو قلب فقال اذا لم اطلقك فانت طالق واذا طلقتك فانت طالق فمات قبل ان يطلق وقع عليها واحدة لانه لما مات قبل التطليق صار حانثا في اليمين الاولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطا في الثانية لانه وقع بكلام واحد قبل اليمين الثانية فالشروط تراعى في المستقبل لا الماضي ولم يذكر خلافا وانما هذا على قول ابي حنيفة رح اما على قولهما فيقعان بعد زمان يسير في الاولى للوجه الاول بعينه وفي الثانية يقع واحدة كما سكت لانه حنث في قوله اذا لم اطلقك فانت طالق وكذا لو لم يسكت حتى مات لان زمان قوله اذا طلقتك فانت طالق زمان يوجد فيه تطليق فيقع قبل ان يفرغ منه **هذه** ثلث مسائل من الجامع الكبير انت طالق اذا تزوجتك قبل ان اتزوجك قبله انت طالق قبل ان اتزوجك اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان اتزوجك ففي الصورتين الاوليين يقع عند التزوج اتفاقا وفي الثالثة كذلك عند ابي يوسف رح وعندهما لا يقع فالاصل ان الطلاق اذا اضيف الى وقتين احدهما يقبله والآخر لا صح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وان الآخر ينسخ الاول وقبل واذا ظرفان وقبل لا تقبل الطلاق واذا تقبله فاضيف اليهما وجهما في الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كانه قال عند التزوج انت طالق قبل ان اتزوجك فلا يقع اولان الآخر وهو الاضافة الى قبل نسخ الاول وقوله بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انها للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انها للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك اعترض عليه بان وقوع الشك في الشرطية والظرفية توجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال لانه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق وكان يجب ان تحرم تقديما للمحرم وهو اعتبار الظرف كما قالا واجيب بان هذا مشترك في جميع صور التردد في الامر فانه لو شك في انتقاض طهارته جاز فيه ان على اعتبار الانتقاض تحرم الصلوة وعلى اعتبار عدمه تحل ومع هذا لا ترجح الحرمة وان كان مبنى الصلوة على الاحتياط لان الشك لا يوجب شيئا انما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة اما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم نعمل بدليل بل بالشك وهناك يقع العمل بالدليل والله اعلم واعلم ان ما ذكره المص يشكل لانه يذكر ان الخلاف فيما اذا لم تكن له نية وصرح فمقتضى الوجه في المشية ان على قولهما لا يخرج من يدها وعلى قوله يخرج وكذا اذا علم انه نوى ولم تدر نيته لعارض او غيره واما اذا اعترفت بان استغرقال اردت الزمان فيجب ان يصدق على قولهما لا يخرج الامر من يدها وكذا على قوله لانه مقر على نفسه وان قال اردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه واما في مسئلة الطلاق اعني قوله انت طالق اذا لم اطلقك فان قال عنيت الزمان صدق عندهما وان قال عنيت الشرط لا يصدق عندهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وعلى قوله يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما محتملا اشتهاما ان في الثاني تشديدا على نفسه **قوله** ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة المنجزة فقط حتى لو كان قال انت طالق ثلثا ما لم اطلقك انت طالق وقعت واحدة وعند زفر ثلث معناه انه قال ذلك موصولا به فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا والقياس ان يقع المضاف ايضا فيقعان ان كانت مدخولا بها فان لم تكن مدخولا بها يقع المضاف وحده وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله

ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلاً طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه إذا قرن بفعل يمتد كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار وهذا أليق ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول إلا السواد والنهار لا يتناول إلا البياض خاصة وهو اللغة

انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف لان اليمين انما يعقد للبر فهو المقصود بها وهو غير ممكن هنا الا ان يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البر فيه من الزمان اصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته بر عندنا خلافا لزفر رحمه الله فالمراد بالاصل هنا النظير لا اصل القياس لان الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر رحمه الله **قوله** ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار وهو ظاهر ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والفرار من الزحف حرام ليلا ونهارا والافعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله امرك بيدك يوم يقدم فلان واختاري يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار فلو قدم فلان ليلا لا خيار لها او نهارا دخل الامر في يدها الى الغروب لانه لما استدّ كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديرا وهو حقيقة في بياض النهار فيبقى معه الى ان يتعين خلافه كقولك احسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم يأتي العدو ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصلح ضرب المدة له كالطلاق والتزوج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لان ضرب المدة له كالطلاق والتزوج من له لعواد لا يحتمله والطلاق من هذا القبيل فيقع ليلا تزوجها او نهارا كذا في عامة النسخ وفي الاصل التزوج من هذا القبيل قيل كانه غلط والصحيح الطلاق من هذا القبيل وفي النهاية الصحيح التزوج من هذا القبيل قال كذا وجدته بخط شيخي ولانه اعتبر في الكتاب في وزان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء به قال في الايمان لو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار الى ان قال والكلام لا يمتد ولان الذكر الفعل انما يستقيم من غير تاويل في اتزوجك لا في انت طالق ولان ذكر القران في قوله اذا قرن يدل على ارادة التزوج لا الطلاق لان مقارنة اليوم اقوى لانه على وجه الاضافة والمضاف مع المضاف اليه كشيء واحد انتهى والاصوب الاعتبار الاول اعني اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لان المقصود بذكر الظرف افادة وقوعه فيه بخلاف المضاف اليه فانه وان كان مظروفا ايضا لكن لم يقصد بذكر الظرف ذلك انما ذكر المضاف اليه ليتعين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب ولا شك ان اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف الحقيقي او المجازي اولى من اعتبار ما لم يقصد له في استعلام حاله الا ان بعض المشايخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب اعني ما يكون به المعلق والمضاف اليه مما يمتد نحو امرك بيدك يوم يسير فلان او لا يمتد كانت حر يوم يقدم وطالق يوم اتزوجك فعللوا بامتداد المضاف اليه وعدمه والمحققون ارتفعوا عن ذلك الايهام ومن الشارحين من حكى خلافا في الاعتبار ويشبه كونه وهما ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف اليه وهو ما يختلف المعلق والمضاف اليه بالامتداد وعدمه كانت حر يوم يسير فلان **فروع** قال انت طالق الى شهر تطلق اذا انقضى شهر واوقعه ابو يوسف رحمه الله للحال وقبل قدوم زيد بشهر يقع اذا قدم زيد لشهر مقتصرا وقال زفر رحمه الله مستندا او قبل موت زيد بشهر فمات لتمامه وقع مستندا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا مقتصرا على الموت وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة فعند ابي حنيفة رحمه الله يعتبر من اول الشهر ولو كان وطئها في الشهر تصير مراجعا ان كان الطلاق رجعيا ولو كان ثلاثا ووطئها في الشهر غرم العقر وعندهما تعتبر العدة في الحال ولا يصير مراجعا بذلك الوطء ولا يلزمه عقر وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا وكذا اذا طلقها بائنا او ثلاثا او خالعها في خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهي في العدة لا تقع الثلاث والبائن ويبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الطلاق بالاستناد وعندهما يقع الثلاث والبائن ويصح الخلع ويصير مع الخلع ثلاثا ولو مات زيد قبل تمام الشهر

فصل ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها

لا تطلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما اذا طلقها في اثناء الشهر ثم وضعت حملها او لم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل اذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند كذا في الجامع الكبير والاسرار هذا على تقدير كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الاصح وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين ولو قال انت طالق قبل موتي او قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شيء وترث منه لامتناع وقوعه مقتصرا كما هو مقتضاه بعد الموت وعنده يقع مستندا حتى اذا كان صحيحا في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلث حيض ما اذا مات قبل مضي تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث ولو قال آخر امرأة اتزوجها طالق او آخر عبد املكه حر فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات او ملك عبدا ثم عبدا ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستندا الى وقت الملك والتزوج وعندهما مقتصرا حتى يعتبر العتق من جميع المال اذا كان صحيحا وقت الشراء فان كان مريضا فمن الثلث وفي الزوجة الاخيرة تطلق من حين تزوجها حتى لا يلزمها العدة ان لم يكن دخل بها ولا ميراث لها وان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين القدوم والموت ان الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرف كما لو قال ان كان في الدار زيد فانت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم وهذا لان الموت في الابتداء يحتمل ان يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت اصلا فاشبه سائر الشروط في احتمال الخطر فاذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لان الموت كائن لا محالة الا ان الطلاق لا يقع في الحال لانا نحتاج الى شهر يتصل بالموت وانه غير ثابت والموت يعرفه ففارق من هذا الوجه الشرط فاشبه الوقت في قوله انت طالق قبل رمضان بشهر فقلب الامر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ولو قال قبل رمضان بشهر وقع اول شعبان اتفاقا ولو قال لها اطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى يموت احدهما فاذا ماتت طلقت الاخرى مستندا عنده ومقتصرا عندهما

فصل فيه متفرقات من الايقاع لانه لم يقيد جهة البحث في مسائله بعارض واحد **قوله** ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقها ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وبقولنا قال احمد وقال الشافعي رحمه الله ومالك رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح اي الملك الذي يوجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما يعني حل الكل الاستمتاع بصاحبه والطلاق لازالته فيصح مضافا الى كل منهما وقوله وضع لازالتهما الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه وهذا التعليل غير مرضي عند اكثر اصحابه قالوا لو كان كذلك لم يحتج الى نيته كالاضافة اليها والمختار عندهم ان على الزوج حجرا من جهتها حتى لا ينكح اختها واربع سواها فتصح اضافته اليه باعتبار رفع ذلك القيد لكن اضافة الطلاق اليه غير متعارف فاحتيج الى نيته ولا يخفى انه يندفع ما اورده على الاول بالنكتة الاخيرة اذ يقال تتميما للاول انما احتاج الى نيته في الاضافة اليه لانه غير متعارف **قوله** ولنا تحقيقه ان الطلاق لازالة الملك الثابت بالنكاح او القيد فمحل الطلاق محلهما وهي محلهما دونه فالاضافة اليه اضافة الطلاق الى غير محله فيلغو بيان انها المحل انها هي المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه وملكها عليه انما هو في المال كالمهر وهو بدل ملكه لامور ترجع الى نفسها فهي المملوكة دونه ولهذا ملك هو التزوج بالكتابية ولم تملكه هي بالكتابي والنفقة بدل حبسه اياها والحل الذي يثبت لها تبع للحل الذي يثبت له فانه لما ملك الوطي وجب عليها التمكين من ضرورته حل استمتاعها به وليس الحل هو القيد الذي هو مورد الطلاق بل الحل اثره حسب ما حققناه في باب ايقاع الطلاق من انه المنع الشرعي الخ والثابت اثر النكاح ويرجع الى ما تقدم من ان الثابت تبعا لا يكون محلا للطلاق بخلاف الابانة لانها اي لفظها موضوع لازالة الوصلة ووصلة النكاح

ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح آخرا وعلى قول محمد رح وهو قول ابي يوسف رح اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد رح في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور هنا قول الكل فعن محمد رح روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغى ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف ومعناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في اصل الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك الزوج امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي

مشترك بينهما فصحت اضافتها الى كل منهما عاملة بحقيقتها بخلاف التحريم لانه ازالة الحل وهو مشترك فصح كذلك عاملا بحقيقته وسياتي تمامه في الكنايات والمحرمة عن اختها وخامسة فليس موجبة كما هما بل بحجر شرعي ثابت ابتداء عن الجمع بين الاختين وخمس لا لحل للنكاح ولهذا لو تزوجها مع اختها معا او ضمهما خمسا معا لا يجوز **قوله** ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء وكذا طالق او غير طالق وطالق او لا وبه قال الائمة الاربعة قال المص هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وعلى قول محمد رح وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية كذا ذكر قول محمد في كتاب الطلاق من المبسوط فيما اذا قال انت طالق واحدة او لا شيء او ثلثا او لا شيء انما لا يقع عليها شيء عند ابي يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية ولا فرق بين المسئلتين وهي طالق واحدة او لا وواحدة او لا شيء وخص الخلاف في الاصل بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول ابي حنيفة رح لكن قول صاحب الاجناس نقل ذكره معه في الجرجانيات ولو كان المذكور هنا قول الكل بسبب انه لم يذكر خلافا فعن محمد روايتان والاوجه كون الروايتين في المسئلتين وذلك لانه صرح بخلافه في مسئلة او لا شيء فدل على وفاقه في هذه وهي مسئلة او لا اذ فرق بينهما كان وفاقه هنا رواية في وفاقه في او لا شيء وخلافه هنا رواية في مسئلة او لا **قوله** له اي لمحمد في ايقاعه به واحدة على هذه الرواية انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق يقع به واحدة بخلاف قوله انت طالق او لا او طالق او غير طالق لا يقع به بالاتفاق لانه ادخل الشك في اصل الايقاع ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد واستدل على هذا بآثار اجماعية منها انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث لانها بانت بطالق لا الى عدة فلم يبق محلا لوقوع الزائد ومنها انه لو قال انت طالق واحدة ان شاء الله لم يقع شيء ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلا بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يصح ومنها لو ماتت قبل العدد واحدة او ثلث لم يقع شيء وقوله وهذا لان الواقع في الحقيقة هو المنعوت في العدد وهو المحذوف اي طالق تطليقة واحدة او طلاقا او تطليقا ثلثا كما قررناه في اول الباب اما على الانشاء فلا وقد رجح المص طريقة الانشاء في الفصل الذي قبل هذا في مسئلة انت طالق امس وقد تزوجها اول من امس فارجع اليه والوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ما ذكرنا من المسائل الاجماعية الدالة على ان الواقع العدد عند ذكره لا الوصف **قوله** ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له وهو موته وموتها لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد من الاهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها وانما كان حالة موت احدهما منافية للنكاح لانها حالة ارتفاع النكاح ووقوع الطلاق يستدعي حال استقراره اذ المعنى على تعليقه بالموت وان كانت حقيقة مع للقران الا ترى انه لو قال انت طالق مع دخولك الدار تعلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل **قوله** واذا ملك الرجل امرأته او شقصا منها اي سهما بان كان تزوج امة لغيره ثم اشتراها جميعها منه او سهما منها او وهبها او ورثها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه بان تزوجت حرة عبد الغير ثم اشترته جميعه منه او سهما منه او وهب لها او ورثته وقعت الفرقة بينهما فسخا للمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح اما في ملكها اياه فلاجتماع بين المالكية والمملوكية فيها وقد تقدم تقرير هذا في فصل المحرمات وتحريره فارجع اليه واما في ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري لان اثباته على الحرة لحاجة ابقاء النسل وكان ملك النكاح في الاصل مع المنافي وهو حرية المملوكية للضرورة وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل الاقوى به فيرتفع الاضعف الضروري للاستغناء عنه وهذا ظاهر في ملك الامة كلها واما في ملك بعضها فاقيم ملك اليمين مقام الحل لانه سببه احتياطا

ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رحمه الله انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطيها له وان قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق والعتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين يبقى شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتاخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط

وهذا بخلاف المكاتب اذا اشترى زوجته لا يقع بينهما فرقة لانه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح **قوله** ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه كما في ملك البعض ولا من كل وجه كما في ملك الكل وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رحمه الله يقع لانه لا فرق بين الفصلين في عدم الوقوع في ظاهر الرواية والمنقول عن محمد في هذا الفصل في المنظومة من الوقوع فيما اذا اعتقته اما اذا لم تعتقه حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق وتفصيل محمد على هذا انه لا عدة هناك عليها يعني منه حتى حل له وطيها بملك اليمين وظاهره انه يحل تزويجه اياها كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به نقله في الكافي وقال لو زوجها سيدها الذي كان زوجها جاز ثم قال والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر قال فعلم انه لا يجب العدة عليها في حق من اشتراها وفي حق غيره روايتان وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل واذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح ينبغي عدم التفصيل لمحمد اذ قد ظهر ان العدة هناك ايضا قائمة غير انها لا تظهر في حقه ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الفرقة متى وقعت بسبب التنافي تخرج المراة من ان تكون محلا للطلاق واذا خرجت من المحلية فاحتجنا الى اثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا تثبت المحلية ابتداء كما في النكاح الفاسد واعلم ان شمس الائمة حكى في المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يخصه بما اذا ملكته بل اجراه في الفصلين فانه ذكر مسئلة المهاجرة وهي ما اذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهي في العدة على قولها لم يقع طلاقه فقال في المبسوط وقيل هذا قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد فاما على قول ابي يوسف الاخر يقع طلاقه ثم قال وهو نظير ما لو اشترى الرجل امراته بعد ما دخل بها ثم اعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه الاول وهو قول محمد وفي قول ابي يوسف الاخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المراة زوجها يعني فاعتقته فحكى الخلاف في الصورتين وان اسے الزوج لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الرجعة لانه علق التطليق اذ هو سبب حقيقة بالاعتاق او العتق لان اللفظ اعني العتق ينتظمهما اي ينتظم الاعتاق الذي هو فعله والعتق الذي هو وصفها اثره ومعنى الانتظام ههنا صحة ارادة كل منهما به على البدل لا على الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقي والمجازي في اطلاق واحد والاعتاق معنى مجازي للعتق هو فيه اسم الحكم للعلة وعلى هذا فاعماله في لفظ اياك على اعتبار ارادة الفعل به اعمال المستعار للمصدر او على اعتبار اعمال اسم المصدر كاعجبني كلامك زيدا اما على التجوز الاخر وهو ان يراد العتق الذي هو اثر فمشكل لانه قاصر وانما يعمل في المفعول المتعدي وجعل العامل للعتق اسما للمصدر يرده الى الوجه الاول لانه يصير معبرا به عن الاعتاق فلم يكن التعليق الا بالاعتاق فقط والوجه الثاني هو ان لا يكون كذلك بل عن العتق هذا معنى الاشكال المذكور في الكافي لحافظ الدين والعجب مما ذكر في جوابه من قوله من قال ليس بمشكل لانه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الى حصل منه واين هذا من صحة الاعمال وايضا كان الوجه ان يقول المص بالاعتاق والعتق بالواو لا باو وحاصل تقرير المسئلة ان مع قد تذكر للمتاخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقق وقوعه بعده ونفي الريب عنه كما في الاية ان مع العسر يسرا فصارت محتملة لذلك وان كان حقيقة خلافه فيصار اليه بموجب وقد تحقق وهو اناطة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فان الاناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائنا على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجوده حكم هو معنى الشرط فلزم كون الاعتاق او العتق شرطا للتطليق فان كان الاعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارن للمتاخر عن الاعتاق ويقع الطلاق المتاخر عن التطليق بعدها فيصادفها وهي حرة فيملك الزوج الرجعة وان كان العتق

ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا يقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فاظهر هذا التقرير المصرح وقيل عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار في الخارج فالعتق مع الاعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان بل لوجه انه قرن الطلاق بالاعتاق فيكون مقرونا بالعتق وهو صفة الرق ووجود احد الضدين يستلزم زوال الضد الاخر ولا ينتهي زواله على وجود الاخر اذ لا يصح ان يقال وجد السكون فزالت الحركة او جد الحركة فزال السكون لانه يستلزم اجتماع الضدين بل وجود احدهما يقترن بزوال الاخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق فلا يوجب التطليقتان حرمة غليظة في الحرة فيملك الرجعة وهذا يبتنى على احد القولين في ان المعلول مع العلة في الخارج او يتعقبها بلا فصل وعلى ان حالة الدخول في الوجود كحالة الوجود بعد تقرره وعدم خروج مع عن المقارنة واطبق العقلاء على ان الشيء زمن ثبوته ليس بثابت وانت قد علمت ان المعنى على خروجها وتقرر الشرط والجزاء يعقبه اذ ليس هو علة فليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تحل عنده وسنذكر ما عندنا في العلة والمعلول واورد على هذا ما لو قال لاجنبية انت طالق مع نكاحك حيث ياتي فيه التقدير المذكور مع انه لا يقع اذا تزوجها واجيب بانه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وانما يملك اليمين فاذا الزم بذكر حرفه اعني ان ونحوه فان قال ان تزوجتك فانت طالق صح ضرورة صحة اليمين ويرجع هذا الى انه انما يملك التعليق الصريح قبل النكاح بخلاف ما بعده ولقائل ان يقول الدليل انما قام على ملكه اليمين المضافة الى الملك فيتعلق بما يوجب معناها كيف ما كان اللفظ والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال في الدراية هذا الجواب لم يتضح لي فانه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي ان يحمل عليه قوله ولو قال اي لامراته الامة اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال لها المولى اذا جاء غد فانت حرة في الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض حيضة ولم يذكر الاختلاف على رواية ابي سليمن بل على رواية الشيخ ابي حفص ووجه هذه الرواية ان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لان علته اصله الاستطاعة مع الفعل الذي يقام بها يقترنان في الخارج فيكون التطليق الذي هو السبب مقارنا للعتق المقارن للاعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها امة فكذا الطلاق والطلقتان يحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى فانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة ثم رد المصرح قول محمد رح بقوله ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان اي فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهي امة فتحرم وحقيقة محل الغلط في تقرير محمد من جعل العتق شرطا على ما يعطيه قوله والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط يعني ولا ينعقد التطليق سببا الا عند وجود العتق المقارن للاعتاق لكنه ليس كذلك بل الشرط مجيء اليوم كما هو الشرط في الاعتاق فان كانت العلة مع المعلول يلزم ان عند مجيء الغد يقترن كل من التطليق والاعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسب ما ينزل العتق وهي امة فتحرم حرمة غليظة واذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات اخرى احدها انه اعتبر قول القران في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسئلة لكون الاعتاق مندوبا فليعتبر سرعة نزوله والتطليق محظور فيعتبر متاخرا نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفاسد يتاخر فيه الى القبض للحظر وتوضيحه انه ينزل عند وجود الغد التطليق والاعتاق والعتق مقترنة وينزل الطلاق بعده وهي حرة فهذه غير لتبيين علم ان العقلاء اختلفوا في العلة مع المعلول فذهبت

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر

طائفة الى ان المعلول يعقبها بلا فصل والجمهور على انهما معا في الخارج وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية فجعلوا تستعقب المعلول لانها اعتبرت كالاعيان باقية فامكن فيها اعتبار الاصل وهو تقدم المؤثر على الاثر بخلاف الاستطاعة مع الفعل لانها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقديمها والا بقي الفعل بلا قدرة والذي يختاره التعقيب في العلل الشرعية والعقلية حتى ان الانكسار يعقب الكسر في الخارج غير انه لسرعة اعقابه مع قلة الزمن الى الغاية اذ كان آنيا لم يقع تمييز لتقدم والتاخر فيهما وهذا لان المؤثر لا يقوم به التاثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلابد من ان تكمل هويته ليقوم به عارضه والا لم يكن مؤثرا والله اعلم وثانيها ان المعلق كالمرسل عند الشرط وكان المولى والزوج ارسلا عند العتق وقوع الاوجز وانت حرة اوجز من انت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بها وثالثها لما تعلقا بشرط واحد طلقت فيصادفها حرة لاقترانهما وجودا ولان الملك كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك قلنا التعليق بشرط واحد يقتضي ان يصادفها على الحالة التي صادفها عليها العتق وهي الرق فتغلظ الحرمة بالشك فيبطل الاخير واطباق العقلاء على ان الشيء زمن خروجه من العدم ليس ثابتا فانتفى ما قبله والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضي قدر التملك من الزمان بل بمجرد ثبوته ينزل في اول ان يعقبه لانه نزول حكم فيبطل ما قبلهما ورفع الاثر في البيع لما الملك فيه هو مطلوب شرعا اخر الى غاية تناسب التاثير اليها اعني القبض الذي له شبه بالعقد على ما عرف في الفصل الذي يلي باب المهر وما نحن فيه فلو امكن نعم لم يكن بعد وجود الشرط غاية تناسب اعتبار تأخر ثبوته اليها كما هو في البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع والا الدفع فلا فائدة في تاخيره بل هو محل الاحتياط فيبطل الاول

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه **قوله** قال من لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث طعن على محمد في لفظ السبابة اذ الاسم الشرعي المسبحة واجيب بان في بعض النسخ السباحة وبانه ورد ايضا في رواية ابن عباس رضي في صفة طهوره صلى الله عليه وسلم ادخل السباحتين في اذنيه كما قدمناه في كتاب الطهارة وبان الاعلام لا توجب تحقق معانيها في مسمياتها وهذا منتف فان الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعي الى الشنيع والدفع برواية ابن عباس رض بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ والا لو قيل كان الاسم الشرعي المسبحة يوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى حملا على تحامي ابن عباس رضي عنه فالاولى اعتبار تلك النسخة ونسبة غيرها الى التصحيف وان كانت هي ايضا غلطا لغة من جهة الاشتقاق لان الفعل سبح وفعال صيغة مبالغة في فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه سبيح واما سباح فانما هو من سبح في الماء سباحة ثم شرع في الوجه فقال لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم يعني لفظ هكذا وهذا غلط لفظا ومعنى فلان التي يكنى بها عن العدد كذا ولم يستعمل فيها ها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معاني الاجزاء نحو اهكذا اعرشك يقصد بالها التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الاشارة وهذا هو المراد هنا في الحديث فقوله انت طالق هكذا التشبيه بالعدد والمشار اليه وهو العدد المفاد كميته بالاصابع المشار اليه بذا بخلاف كذا لكن فانها لم يقصد فيها معاني الاجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس او غيره كما في الخبر يقال للعبد اتذكر يوم كذا وكذا فعلت كذا وكذا ثم مميز هذه ليس الا ما تبين الجنس لانها وضعت لقصد ابهام الكمية نحو ملكت كذا عبدا ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما فليس في الاستعمال غريبا وهذا هو غلط المعنى **قوله** قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا الخ عن ابن عمر رضي انه صلى الله عليه وسلم قال انا امة امية لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وعقد الابهام في الثالثة والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلثين متفق عليه وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة

ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم تقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رح يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله لفظه الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق واسوأه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رح انه في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة حيض فلا بد من النية

ولو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف في الدراية الاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها منشورة فالذي تثبت بالنية منه ان يكون الاصابع الثلث منشورة فقط حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه تحتمله لكنه خلاف الظاهر وقيل ان اشار بظهورها بان جعل باطنها اليه وظاهرها الى المراة فبالمضمومة وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فبالمنشورة وان كان الى الارض فبالمضمومة وقيل ان كان نشرا عن ضم فبالمنشورة للعادة فقط وهذا قريب والمعول عليه اطلاق المص والخفي في ان قوله الابهام والسبابة والوسطى ليس بقيد **قوله** ولو لم يقل هكذا الخ يعني قال انت طالق واشار باصابعه الثلث ولم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم وعرفت ان الصواب ان يقال لانه لم يقترن بالتشبيه المتقدم **قوله** واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة او الزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رح يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول وبقوله قال مالك واحمد رح لان الطلاق شرع معقبا للرجعة وكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لانه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو وكقوله وهبتك على ان يثبت الملك قبل القبض او طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فانه يثبت به البينونة قبل الدخول في الحال وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من ان اسم الواحد لا يحتمل العدد المحض ولو سلم فالفرق ان لا رجعة تصريح بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا بل لزم ضمنا ويرد عليه انه لو احتمل البينونة لصحت ارادتها بطالق وتقدم في ايقاع الطلاق عدم صحتها واجيب بان عمل النية في الملفوظ لا في غيره ولفظ بائن ما صار ملفوظا بالنية بخلاف طالق بائن وفيه نظر اذ ليس معنى عمل النية في الملفوظ الا توجيهه الى بعض محتملاته فاذا فرض للفظ ذلك صح عمل النية فيه وقد فرض لطالق ذلك فتعمل فيه النية ولا يكون عاملة بلا لفظ بل بما يعطيه هذا الجواب افتقار طالق بائن في وقوع البينونة الى النية وليس كذلك وان قلنا في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة وبه علله المص هناك ورد عليه ان تغيير المشروع كما منع من صحة النية يجب ان يمنع من صحة اللفظ اذا كان مغيرا نعم لو كانت البينونة بلفظ بائن على انه وصف للمراة كطالق لا وصف للطالق لكن ذلك منتف لانه اذا جعلناه وصفا للمراة تقع ثنتان وهو ما ذكره المص بقوله ولو عنى بانت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان بائنتان على ان التركيب حينئذ خبر بعد خبر لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع ولو امكن ان يقال الايقاع ببائن صفة لها وطالق قرينته فاستغنى به عن النية فلم يحتج اليها كما يحتاج الى النية لو افرد لم يبعد لكن فيه ما فيه ثم بينونة الاولى ضرورة بينونة الثانية اذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة في وصفها بالرجعية وكل كناية قرنت بطالق يجري فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان **قوله** وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على انت طالق بائن في الاحكام الاربعة وقوع الواحدة بائنة اذا لم ينو شيئا او نوى ثنتين والثلث بالنية ولو عنى بطالق واحدة وبافحش الطلاق اخرى تقع ثنتان وانما تقع البائن لانه اي الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو قطع النكاح في الحال في البائن وموجلا بالانقضاء في الرجعي وافعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فانه افحش مما يثبت به موجلا اعني الرجعي فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه او اشره او احسنه او اكبره او اغلظه او اطوله او اعرضه او اعظمه كلها مثل افحشه وسنذكر جواب انه لم لم يقع ثلث وكذا طلاق الشيطان وكذا طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لان الرجعي هو السني فيكون البدعي وطلاق الشيطان هو البائن في

وعن محمد رحمه الله انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابويوسف رحمه الله يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو كالف رجل ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند فقدها يثبت اقلهما وعن محمد رحمه الله انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف

وفي عبارته تساهل فليس الحيض هو السني بل اعم لانه لو طلقها في الحيض كان رجعيا وليس سنيا وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله انت طالق للبدعة لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد يكون من حيث الايقاع في الحيض كما يكون بالبينونة فلا بد من النية ولو قال اقبح الطلاق فعند ابي يوسف رحمه الله رجعي لاحتمال القبح الشرعي والطبعي بان يطلقها في وقت يكره فيه الطلاق طبعا كذا ذكر وكاية الطهر الخالي عن الجماع فيجتمع الكراهة الطبيعية والشرعية او يراد وقت تتوق نفسه الى الجماع فيه عن الطلاق وعند محمد رحمه الله بائن حملا له على المنهي عنه **قوله** وعن محمد انه قال اذا انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لما ذكرنا في وجه الرواية عن ابي يوسف رحمه الله **قوله** وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم ويحصل باثبات زيادة الوصف البينونة وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان التشبيه في توحده يعني يمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك قلنا المعروف الذي هو كالصريح ان التشبيه بالجبل انما يراد في الثقل والعظم فيثبت الشدة فقضيته الافراد وتتوقف الواحدة على النية بينه وبين الله تعالى اما القاضي فلا يصدقه فيها **قوله** ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاول وهو قوله اشد الطلاق فلانه وصفه بالشدة فان قيل بل بالاشدية فيجب وقوع الثلث وكذا كل ما كان مثله مثل اقبح الطلاق اجيب بان افعل يراد به ايضا الوصف كقولهم الاشج والناقص اعدلا بني مروان اي عادلاهم فلا يحمل على الثلث بالاحتمال لا يخفى ان الاعتبار للظاهر ولذا اثبت البائن في الجبل مع احتمال ارادة كون وجه التشبيه الوحدة والاوجه ان هذا الاحتمال يجعل ظاهر الحرمة الثابتة فيصار الى الواحدة البائنة وتتوقف الثلث على النية ثم قوله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر فان المعنى طالق طلاقا هو اشد الطلاق والحاصل ان افعل التفضيل بعض ما اضيف اليه فكان اشد معبرا به عن المصدر الذي هو الطلاق واما الثاني وهو قوله كالف فقد يراد به التشبيه في القوة كما يقال زيد كالف رجل اي باسه وقوته كباسهم وقوتهم وقد يراد التشبيه في العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد الف وقدر عدد الف وفيه يقع ثلثا اتفاقا وقد يراد التشبيه في القوة فتصح نية كل من الامرين وعند فقدها يثبت اقلهما وعند محمد رحمه الله يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فيصير كقوله طالق كعدد الف ومعلوم ان التشبيه بالعدد ليس له معنى في خصوص الكمية والا لقال انت طالق الفا اذ لا معنى لقوله الف تشبيه بهذه الالف فانه يستقيم في الكثرة اي طالق عددا كثيرا ككثرة الالف والكثرة التي تشبه كثرة الالف ما يقاربها فلا بد ان يزيد على اثنين فيقع الثلث قلنا كون التشبيه به في القوة اشهر فلا يقع الآخر الا بالنية بخلاف كعدد الف وعلى هذا الخلاف مثل الف ولو قال واحدة كالف فهي واحدة بائنة بالاجماع ولو شبه بالعدد فيما لا عدد له فقال طالق كعدد الشمس او التراب ومثله فعند ابي يوسف رحمه الله رجعية واختاره امام الحرمين من الشافعية لان التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو ولا عدد للتراب وعند محمد رحمه الله يقع الثلث وهو قول الشافعي واحمد رحمه الله لانه يراد بالعدد اذا ذكر الكثرة وفي قياس قول ابي حنيفة رحمه الله واحدة بائنة لان التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة كما مر ولو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد رحمه الله وعنه في كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم ثلث والفرق له بين هذا وبين قوله كالف ان الالف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه في النور ولو قال كثلث فهي واحدة بائنة عند ابي يوسف رحمه الله وثلث عند محمد كما لو قال كعدد ثلث وهذا ضعيف لانه تشبيه العدد بالعدد في خصوص الكمية وفيه ذكرناه آنفا وفي كافي الحاكم لو قال انت طالق اكثر الطلاق فهو ثلث لا يدين فيها او قال نويت واحدة انتهى ولو اضافه الى عدد معلوم النفي كعدد شعر بطن كفي او مجهول النفي والاثبات كعدد شعر ابليس ونحوه يقع واحدة او من شانه الثبوت لكنه كان زائلا وقت الحلف لعارض كعدد شعر ساقي او ساقك

وأما الثالث فلان الشيء قد يعد أي البيت لعظمه في نفسه وقد يعد لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية تثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة رح انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف رح ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر رح ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وبيانه في قوله مثل راس الابرة مثل عظم راس الابرة ومثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما يصعب تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف رح انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بيناه فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة

وعند عدم النية لا يقع لعدم الشرط **قوله** واما الثالث هو قوله ملاء البيت فلان الشيء قد يملاء البيت لعظمه في نفسه وقد يملاء لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الاقل وهو ظاهر **قوله** ثم الاصل الخ اعلم انه اذا وصف الطلاق بما لا يوصف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لا يقع عليك او على ان لي الخيار وان كان يوصف به فاما ان لا ينبئ عن زيادة في اثره كقوله احسن الطلاق سنة اجمله اعدله خيره اكمله اتمه وافضله فيقع به رجعيا ويكون طالقا للسنة في وقت السنة وان نوى ثلثا فهي ثلث للسنة وفي مختصر الطحاوي لو قال انت طالق تطليقة حسنة او جميلة كانت طالقا يملك رجعتها حائضا كانت او غير حائض ولم تكن هذه التطليقة للسنة قال وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف رح انها طالق تطليقة للسنة كما لو قال انت طالق احسن الطلاق او ينبئ كاشده واطوله فيقع بائنا واما التشبيه فكلهم على انه بائن عند ابي حنيفة رح باي شيء كان المشبه به كراس ابرة وكحبة خردل او كسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة وعند ابي يوسف رح ان ذكر العظيم فكذلك والا فرجعي اي شيء كان المشبه به ولو كان عظيما لان التشبيه يكون من حيث التوحيد والتجريد والعظم للزيادة لا محالة وعند زفر رح ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس فبائن والا فرجعي ذكر العظم او لا وبيان الاصول في مثل راس ابرة عند ابي حنيفة رح بائن وعند ابي يوسف رجعي الا ان يقول كعظم راس ابرة فهو بائن وعند زفر رح رجعية وفي كالجبل بائن عند ابي حنيفة رح وزفر رجعي عند ابي يوسف رح الا ان يقول كعظم الجبل ولو قال مثل عظمه فهو بائن عند الكل وقول محمد قيل مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف هذا كله عند عدم النية اما لو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لان الواقع بها بائن والبينونة تتنوع الى غليظة وخفيفة وفي شرح الكنز كالثلج بائن عند ابي حنيفة رح وعندهما ان اراد بياضه فرجعي وان اراد برده فبائن انتهى وهذا يقتضي ان ابا يوسف رح لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا يبعد كل البعد ان يقع بائن عند ابي حنيفة رح لو قال انت طالق كاعدل الطلاق او كاسنة او كاحسنه والله سبحانه اعلم **قوله** ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الامر طول وعرض فهو البائن ايضا وعن ابي يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو وفي الكافي للحاكم لو قال انت طالق طول كذا وكذا او عرض كذا وكذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلثا وان نواها لان الطول والعرض لا يدل على القوة لكنهما يكونان للشيء الواحد فكانه قال انت واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلث **قوله** ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة الخ اراد بالفصول ما ذكره من قوله طالق بائن او البتة او افحش الطلاق او اخبثه او اسوأه او طلاق الشيطان او البدعة واشده او كالف او ملاء البيت او مثل راس ابرة او مثل الجبل او طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة لانها كلها بوائن والبينونة تتنوع الى خفيفة وغليظة وكذا ذكره الصدر الشهيد وقال العتابي الصحيح انه لا تصح نية الثلث في طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة لانه نص على التطليقة فانها تتناول الواحدة ونسبه الى شمس الائمة ورجح بان النية انما تعمل في المحتمل والتطليقة بتاء الوحدة لا تحتمل الثلث

فصل في الطلاق قبل الدخول لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الاصل لان الاصل حصول عرض الشيء بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالاصل على ما بالعوارض **قوله** واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا اي تطليقا ثلثا على ما بيناه في الفصل وفي باب ايقاع الطلاق ان الواقع عند انت طالق مصدر هو تطليق ثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها اثره وبه خرج قول الحسن البصري وعطاء وجابر وابن زيد انه يقع عليها واحدة لبينونتها بطالق ولا يؤثر العدد شيئا ونص محمد رح قال اذا طلق الرجل امرأته ثلثا جميعا فقد خالف السنة واثم بربه وان دخل بها او لم يدخل بها سواء ثم قال بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله

فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال لها انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بالاولى فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان فتقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة يقع ثنتان لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكني عنه لا محالة

عليهم اجمعين ولا ينافي قول الانشاء ان يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع وكونه وصف المحذوف اما لو قال اوقعت عليك ثلث تطليقات فانه يقع الثلث عند الكل **قوله** وان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية وذلك كقوله انت طالق طالق طالق لانه ليس في آخر الكلام ما يغير اوله ليتوقف اوله فلم يقع بطالق الاول شيء فان قيل لو قال بالواو وطالق وطالق او طالق واحدة وواحدة وواحدة فالحكم كذلك مع ان الواو للجمع وهو مغير حكم التفريق اذ الحاصل به كالحاصل بطالق ثلثا وحكمهما مختلف لان في التفريق تبين بواحدة فينبغي ان يتوقف الصدر فيقع الثلث كما قال مالك واحمد قلنا الجمع الذي يباين التفريق حكما هو الجمع بمعنى المعية المصير له كلفظ ثلثا ونحوه وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل لجمع المتعاطفات في معنى العامل اعم من كونه على المعية وعلى تقدم المتعاطفات بها في تعلق معنى العامل به وتاخره وكل من الجمع بمعنى المعية ولمعنى الجمع لمعنى ترتب المتعاطفات على الترتيب اللفظي وعكسه افراده ولا دلالة للاعم على الاخص فليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب في التعلق فلم يكن ذكرها بالضرورة ذكر مغير لعدم الدلالة على ما يوجب التغيير وهو المعية ولان الحكم بتوقف الصدر يتوقف على الحكم بانها في التركيب للمعية واذا علمت انها لا تتعرض الا للقدر المشترك لم يجب اعتبارها للفرد الذي هو المعية بعينه وليس هو باولى من اعتبارها للفرد الذي هو التعاقب في معنى العامل وبعدم اعتبارها للمعية يعمل كل لفظ عمله فتبين بالاولى فلا يقع ما بعدها غير متوقف في ذلك على اعتبارها للترتيب فاندفع ما قيل لو لم يقع بعدم اعتبارها للمعية لزم اعتبارها للترتيب واما وقوع الثلث على غير المدخول بها اذا قال انت طالق احدى وعشرين ووقوع الثنتين في قوله لها انت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب ايجاب واو المعية بل لانه اخصر ما يلفظ به اذا اراد الايقاع بهذه الطريقة وهو مختار في التعبير لغة وان لم يكن مختارا في احدى وعشرين شرعا الا ان الشرع لم ينف حكمه اذا تكلم به وذكر شمس الائمة في المسئلتين خلاف زفر فلا يقع عنده الا واحدة لوجود العطف فيسبق وقوع الاول اما لو قال انت طالق احد عشر فانه يقع الثلث بالاتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلث عليها اذا قال لها انت طالق ثلثا ان شئت فقال شئت واحدة وواحدة وواحدة لان تمام الشرط بآخر كلامها وما لم يتم الشرط لا يقع الجزاء واعلم ان شمس الائمة حكى عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله خلافا في نحو طالق وطالق وطالق ان عند ابي يوسف رحمه الله تبين قبل ان يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد رحمه الله بعد فراغه منه لجواز ان يلحق بكلامه شرطا او استثناء ورجح في اصوله قول ابي يوسف رحمه الله ولم يقع الطلاق لفوت المحل فلو توقف وقوع الاولى على التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل للثلث حال التكلم بها ولا يخفى ان النظر الى تعليل محمد رحمه الله بتجويز ان يلحقه مغير يفيد ان المراد تاخر ظهور وقت الوقوع فان مقتضاه انه لو لحق تبين عدم الوقوع واذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالاول وهذا لا ينفيه ابو يوسف رحمه الله فلا خلاف في المعنى بينهما **قوله** وهذه اي المسائل الثلث تجانس ما قبلها من حيث المعنى وهو فوات المحل عند الايقاع فلا يقع شيء غير ان فواته في هذه بالموت فلا يقع شيء كما لو قال انت طالق ان شاء الله فماتت قبل ان يقول ان شاء الله لا يقع عليها شيء وفيما قبلها بالطلاق فيقع الاول دون ما بعده **قوله** لو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل فيه انه اذا ذكر شيئين وادخل بينهما ظرفا فان قرنها بهاء الكناية اي اضيفت كلمة الظرف الى ضمير الاول كان صفة للمذكور آخرا كجاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بها بل اضيفت الى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو كان صفة للاول بالضرورة ولانها خبر عنه اما اذا قرن بها فقبله عمرو المتاخر بالابتداء ويكون الظرف خبره والخبر وصف للمبتدأ وحيث القبلية في واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتطلق واحدة تقع قبل الثانية المذكورة في اللفظ اعني المضاف اليها لفظة قبل فلا يلحقها الثانية وفي قبلها واحدة صفة للاخيرة لانها المبتدأ المخبر بالظرف عنه والجملة موصوف

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاجماع لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثنتين او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقع جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف

بعد وهنا واحدة الاولى فقد اوقع واحدة موصوفة بقبلية اخرى لها ولا يتقدر عليه اذا لم يكن في الواقع لها وجود سابق على الموقع بحكم ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان فيقعان واذا كان الظرف لقوله بعد فمعنى واحدة بعد واحدة يكون صفة للاولى فقد اوقع واحدة موصوفة بانها بعد اخرى وبمعنى قبلية اخرى لها والقبلية على التقديم بالسبق الوجودي على الموجود فيقترنان بحكم ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقعان في واحدة بعدها واحدة اوقع واحدة موصوفة ببعدية اخرى لها فوقعت الاولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها واما اذا قال واحدة معها واحدة او مع واحدة فلا فرق في الحاصل لان مع للقران فيتوقف الاول على الثاني تحقيقا لمناها وعن ابي يوسف في قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه قلنا قد وجد وهي واحدة التي هي مرجع الضمير اذ قد سبق لفظها غير انه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من انفراد السابق بالحكم الذي هو مقتضاه من حيث هو مفرد لفظا وان عنى سبق وجوده فممنوع ومن مسائل قبل وبعد ما قيل منظوما رجل علق الطلاق بشهر قبل ما بعد قبله رمضان وصوره ثلث لانه اما ان يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل او جميعه بلفظ بعد او جمع بينهما ففي الجمع كالبيت يلغى قبل بعد فيبقى شهر قبله رمضان فيقع في شوال وفي نحوه ثلث صور اخرى وذلك لانه لا يخلو من انه اذا كرر لفظة قبل مرة واحدة ان تخلل بينهما بعد كما في البيت وقد عرفت حكمه او لا تخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع في ذي الحجة ومن انه اذا كرر لفظة بعد مرة واحدة ان تخلل بينهما قبل قلب البيت وحكمه انه يلغي بعد بقبل فيبقى شهر بعده رمضان فيقع في شعبان ولا تخلل بل المذكور محض بعد نحو في شهر بعد ما بعد بعده رمضان فيقع في جمادى الآخر **قوله** وفي المدخول بها يعني ان ما ذكرناه من التفصيل في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو في غير المدخول بها اما في المدخول بها فيقع ثنتان في الوجوه كلها اي في قبل واحدة وقبلها وبعد واحدة وبعدها واستشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد في الزيادات نحو فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا لنفد البحر قبل ان تنفد كلمات ربي وقول النبي صلى الله عليه وسلم خللوا اصابعكم قبل ان تخللها نار جهنم واجيب بان اللفظ اشهر بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر واجب ما امكن **قوله** ولو قال لها اي لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ثنتان ولو قدم الجزاء فقال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان الواو للجمع المطلق اي الجمع للمتعاطفات في ما قبلها وما بعدها في الحكم سواء كان عاملا كجاء زيد وعمرو او لا كزيد وعمرو وبكر جاء واطلاقا اي بلا قيد معية او ترتيب بل اعم من ذلك يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق بدخول الدار فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع بان قال ان دخلت الدار فانت طالق ثنتين وكما اذا آخر الشرط والمسئلة بحالها وهذا التعريف للفظي لا اثر له لانه في حال التكلم متعلق الطلاق لا في حال التطليق بخلاف قوله لغير المدخول بها انت طالق واحدة وواحدة لانه في حال الايقاع ولا موجب لتوقف الاول فيقع اما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم ينزلن كذلك فيقع الكل ولو سلم التعاقب في التعلق فالمتعلقات بشرط واحد على التعاقب ينزل جملة عند وجوده كما لو حصل بايمان تخللها ازمنة كما لو قال ان دخلت فانت طالق ثم بعد زمان قال ان دخلت فانت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقا وقول المصنف كما اذا نص على الثلث غير مناسب للصورة بل كذا فيتعلق ثنتين **قوله** له ان الجمع المطلق الذي هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو في الاستعمال الخاص ان يراد من حيث هو في ضمن القران او الترتيب لانه لا يرد في الاستعمال الا مما حيث هو في ضمن احدهما وعلى الاعتبار الثاني وهو ان يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع الا واحدة كما اذا نجز الثلث بالواو لغير المدخول بها يقع

ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي رحمه الله وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح

واحدة لملاحظة هذا الاعتبار ويلغو ما بعدها لفوات المحل بالاولى وعلى اعتبار ارادة المعية ينزل الكل ولا تعين لاحد الجزئين ونزول الطلاق عند الشرط لابد منه فتنزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك وتقرير الاصول ان الاول تعلق قبل الثاني لعدم ما يوجب توقفه وتعلق الثاني بواسطة والثالث بواسطتها فينزل على الوجه الذي وقع عليه التعليق بخلاف مسئلة تكرار الشرط لان تعلق الثاني بغير شرط الاول ليس بواسطة الاول لان كلا جملة مستقلة فيتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس شيء منها بواسطة شيء فتنزل جميعا عند الشرط وبخلاف ما اذا قدم الجزاء لان تاخر الشرط موجب لتوقف الاول لانه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فتنزل دفعة ونقض بما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت يقع ثلاث ولو نجز بهذا اللفظ وقع واحدة واجيب بان لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني بدل الاول ولا يمكن في الطلاق فيتعلق الاول ويصح تعلق الثاني لبقاء محل التعليق بعد تعلق الاول فيتعلق بلا واسطة كانه اعاد الشرط للتعليق ثنتين وجعلهما يمينين فاذا وجد الشرط وقع الكل جملة بخلاف ما اذا نجز لانها بانت بالاولى فلم تبق محلا لايقاع الثنتين وقد يقال ان قوله تعلق بواسطة تعلق الاول ان اريد انه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو اياه الى الشرط وان اريد كونه سابق التعلق سلمناه ولا يفيد كالايمان المتعاقبة ولو سلم ان تعلق الاول علة لتعلق الثاني لم يلزم كون نزوله علة لنزوله اذ لا تلازم فجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم في التعليق وليس نزوله علة لنزوله بل اذا تعلق الثاني باي سبب كان صار مع الاول متعلقين بشرط وعند نزول الشرط ينزل المشروط وتقرير المصنف اقرب ولا يرد عليه مسئلة الايمان فان قيل قوله لا يقع الزائد بالشك يدفع بانه لا شك في تعلق الكل سواء كان بطريق المعية او الترتيب فيجب ان تنزل كلها عند الشرط كالايمان المتعاقبة بشرط واحد قلنا الترتيب الذي يراد بالواو يقتضي كما قررناه ان وقوع كل متقدم جزء شرط وقوع المتاخر فان معناه ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى وقبلها اخرى فلا يقع متاخر الا بعد وقوع المتقدم فصار الدخول شرط كل متاخر بخلاف الترتيب الذي اتفق في الايمان فانه ليس الشرط في الكل الا شرط الاول فقط فاذا وجد الدخول مثلا فقد وجد تمام شرط كل معلق من الطلقات الثلاث وعلى هذا الخلاف ما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق وانت علي كظهر امي والله لا اقربك فدخلت فطلقت وسقط الظهار عنده والايلاء لسبق الطلاق فتبين فلا تبقى محلا للظهار والايلاء وعندهما هو مطلق مظاهر مول ولو قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وانت علي كظهر امي والله لا اقربك اربعة اشهر فتزوجها فعلى الخلاف بخلاف ما لو قدم الظهار والايلاء فقال والله لا اقربك وانت علي كظهر امي وانت طالق فتزوجها وقع الكل عند الكل اما عندهما فلا اشكال واما عنده فلسبق الايلاء ثم هي بعده محل للطلاق فتطلق **قوله** ولو عطف بحرف الفاء فقال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق فطالق فطالق فدخلت فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها وعندهما يقع الثلث وفي المبسوط نقله عن الطحاوي فليكن عنهما وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق وهو الاصح لان الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلقة ولا وقوع قبل مجموع الشرط فتقع الثانية بعدها وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فيقع بعدهما على النحو الذي قررنا عليه كلام المصنف لابي حنيفة رح وهذا لانه يصير المعنى ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى ولو عطف بثم واخر الشرط كانت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت فان كانت مدخولا بها فعنده يقع في الحال ثنتان وتعلق الثالثة بالشرط لانها للتراخي وكماله باعتباره في اللفظ والمعنى فكانه فصل بسكوت ولو سكت وقع الاول ولا يتوقف فيتعلق فكذا هنا واذا وقع الاول بقيت محلا فيقع الثانية وتتعلق الثالثة بدخولها الدار وان كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لانتفاء محليتها وان قدم الشرط فقال ان دخلت فانت طالق ثم طالق ثم طالق وهي مدخول بها تعلق الاولى ووقعت الثانية والثالثة فاذا لم تكن مدخولا بها تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث

وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال لأنها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته قال وهي على ضربين منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها إلا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة أما الأولى فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فإن نوى الأول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لأنه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فإذا نواه جعل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو أن تكون واحدة عنده أو عند قومه ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه إلى النية ولا يقع إلا واحدة لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها إلا واحدة فإذا كان مضمرا أولى وفي قوله واحدة وإن صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث

والوجه بعد معرفة الأصل ظاهر وعندهما تعلق الكل بالشرط قدمه أو أخره إلا أن عند وجود الشرط يقع الثلاث إن كانت مدخولا بها وفي غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه أو أخره فائدة التراخي يظهر عنده في التعليق كأنه سكت ثم تكلم وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف أصلا بأن قال إن دخلت فأنت طالق واحدة واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق لأنه إنما تعلق الأول ولغا ما بعده لعدم ما يوجب تشريكه معه **قوله** وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لما ذكر أحكام الصريح شرع في بيان الكنايات وقدم الصريح إذ هو الأصل في الكلام لأنه وضع للإفهام وما كان أدخل وأظهر فيه كان أصلا بالنسبة لما لا وضع له وحين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه وإنما لم يعرف المصنف الكناية كما عرف الصريح بل ابتدأ فقال وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية إلى آخره لاشتهار أنها ضد الصريح وحين عرف علم أن الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع أنه يؤخذ رسمها من تعليله حيث قال إنها تحتمله وغيره فكان الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم أن يستفسر عن مقصوده بها إلا إذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فإن القاضي يعتبرها ولا يصدقه في ادعائه ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فإنها تحكم بإرادة مقتضاها كما في البيع بالدراهم المطلقة ينصرف إلى غالب نقد البلد بدلالة الحال وكذا إذا أطلق نية الحج ينصرف إلى الحج الفرض والحاصل أن النية باطنة والحال ظاهر في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في إنكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدقه ويسعه إذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال فقول المصنف لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع أما في نفس الأمر فلا يقع إلا بالنية مطلقا ألا يرى أن أنت طالق إذا قال أردت عن وثاق لا يصدقه وفيما بينه وبين الله هي زوجته إذا كان نواه **قوله** لأنها غير موضوعة للطلاق بل موضوعة لما هو أعم من حكمه أو منه والأعم في المادة الاستعمالية يحتمل كلا من صدقاته ولا يتعين أحدها إلا بمعين والمعين في نفس الأمر هو النية وبالنسبة إلى القاضي دلالة الحال فإن لم يكن فدعواه ما أراد وإنما قلنا أعم من حكمه ولم نقل أعم منه لما سنذكر من أنها لم يرد بما سوى الثلاث الرجعية الطلاق أصلا بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح فعلى هذا قول المصنف بل تحتمله وغيره تساهل لأن محتملات اللفظ تستعمل فيها وسنشير إلى أنه لم يرد بها الطلاق ونقرره والجواب أن المراد تحتمله متعلقا معناها أو واقعا عنده فتدخل الثلاث الرجعية **قوله** وهي أي الكنايات على ضربين هذا التقسيم للكنايات وهي تنقسم أولا بحسب ما هي كناية عنه وثانيا باعتبار الواقع بها وما ذكره المصنف هي القسمة الثانية أما الأولى فتنقسم إلى ما هو كناية عن حكم الطلاق وإلى ما هو عن تفويضه الثاني لفظان اختاري وأمرك بيدك لا يدخل في يدها الإبانة إطلاق فلا يقع إلا بقولها بعد نيته طلقت نفسي واخترت نفسي والأول ما سواهما وينقسم إلى ما يقع به البائن وهو ما سوى الألفاظ الثلاثة وسنذكرها فيه وإلى ما يقع به الرجعي وهي الألفاظ الثلاث اعتدي استبرئي رحمك وأنت واحدة ثم لا يقع به إلا واحدة أما الأولى أي كون الأولى وهي كلمة اعتدي كناية فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى فإن نوى الأول تعين ويقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة ولا يخفى أن القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما إذا قال بعد الدخول أما قبله فهو مجاز عن كوني طالقا باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب ليرد أن شرطه اختصاص المسبب بالسبب والعدة لا تختص بالطلاق لثبوتها في أم الولد إذا أعتقت ويجاب بأن ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها في الطلاق وهو الاستبراء لا بالأصالة وهو غير دافع سؤال عدم الاختصاص ثم اعلم أنه كما يجب كونها مجازا عن كوني طالقا في غير المدخول بها يجب كون استبرئي رحمك كذلك في غير المدخول بها إذا كانت آيسة أو صغيرة وما في النوادر من أن وقوع الرجعي بها استحسان لحديث سودة يعني أنه صلى الله عليه وسلم قال لها اعتدي ثم راجعها

ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشائخ وهو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب **قال** وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة بائنة

وما قيل والقياس ان يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس و استحسان لان علية البينونة انما هي في غير الثلاثة منتفية فيها فلا يتجه القياس اصلا نعم الاعتداد يقتضي فرقة بعد الدخول وهي اعم من رجعي و بائن لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل تعين الاخف لعدم الدلالة على الزائد واما الثانية وهي كلمة استبرئي رحمك فلانه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئي لاني طلقتك او لا طلقك يعني اذا علمت خلوه عن الولد وعلى الاول يقع وعلى الثاني لا فلا بد من النية ولا يخفى انها ايضا قبل الدخول مجاز عن كوني طالقا كاعتدي وكذا في الآئسة والصغيرة المدخول بها لما ذكرناه واما الثالثة وهي انت واحدة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه فكانه قال ذلك يعني ذالك مع الوصف المذكور فكانه قال فصار ان مجرد نية الطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره نحو انت واحدة عندي او في قومك مدحا او ذما فقد ظهر ان الطلاق في هذه الالفاظ مقتضى كما هو في اعتدي استبرئي رحمك لانه يقع شرعا بها نحو ثابت اقتضاء و مضمر في واحدة ولو كان مظهرا لا يقع الا واحدة اذا كان مضمرا وانه اضعف منه اولى ان لا يقع الا واحدة وفي واحدة ان صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع ارادة الثلاث لانها صفة للمصدر المحذوف صريحا فلا يتجاوز الواحدة واعترض بعضهم على قوله يحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف اي تطليقة واحدة فان فيه تكلفا غير محتاج اليه بل يحتمل ان يراد به منفردة على الزوج سا لانه لا يرفع احتماله لما ذكر المصنف والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع في طلاق العرب منه بما قدمناه من الشعر تقابل فانت طلاق والطلاق عزيمة الى آخره ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الاربع اذهبن فانتن الطلاق او طلاق وكثير بخلاف التطليق بلفظ انت منفردة عن الزوج فكان احتمال انت واحدة للمصدر اظهر من احتمالها المنفردة عن الزوج فضلا عن تعين الثاني **قوله** ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشائخ هو الصحيح احتراز عما قال بعضهم ان رفع الواحدة لا يقع شيء وان نوى وان نصبها وقعت واحدة وان لم ينو لانها نعت للمصدر اي انت طالق تطليقة واحدة فقد اوقع بالصريح وان سكن احتيج الى النية ووجه الصحيح ان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع الى العامة عليه ولان الرفع يجوز بكونه نعتا لطلقة اي انت طليقة واحدة والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر آخر اي انت متكلمة كلمة واحدة فبهذا الوجه يعم العوام والخواص ولان الخاصة لا تلتزم التكلم العرفي على صحة الاعراب بل تلك لصناعتهم والعرف لغتهم ولذا ترى اهل العلم في مجاري كلامهم لا يقيمونه **قوله** وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى الثلث كانت ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة في هذا الاطلاق نظر بل يقع الرجعي ببعض الكنايات سوى الثلث فقد ذكر في انا بريء من طلاقك يقع رجعي اذا نوى بخلاف ما اذا قال برئت من نكاحك قال ابن سلام وفي الخلاصة اختلف في برئت من طلاقك اذا نوى الاصح يقع رجعيا والاوجه عندي ان يقع بائنا لان حقيقة تبريه منه يستلزم عجزه عن الايقاع وهو البينونة بانقضاء العدة او الثلث او عدم الايقاع اصلا وبذلك صار كناية فاذا اراد الاول وقع وصرف الى احدى البينونتين وهي التي دون الثلث وكذا في الطلاق عليك يقع بالنية وحتى هبتك طلاقك اذا نوى يقع رجعيا وكذا اقال في بعتك طلاقك اذا قالت اشتريت من غير بدل ثم في البيع اذا لم تكن نية الطلاق في القضاء ولو قال نويت ان يكون في يدها لا يصدق واما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى فان طلقت نفسها في ذلك المجلس طلقت والا فهي زوجته هذا اذا ابتدأ الزوج فلو ابتدأت فقالت هب لي طلاقي بزيد اعرض عنه فقال وهبت لا يقع وان نوى لانه جوابها فيما طلبت كذا قيل وفيه نظر بل يجب ان يقع اذا نوى لانه لو ابتدأ به ونوى وقع فاذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب واخرج الكلام ابتداء او لذلك وهو احرى بنفسه ونيته ويقع رجعيا في خذي طلاقك واقرضتك وكذا في قد شاء الله طلاقك او قضاه او شئت يقع بالنية

وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال الا ان يكون في حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه قال رضـ سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففي حالة الرضاء لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري

رجعي وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك بوصل الهمزة وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة واعتقتك مثل انت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي بالغين المعجمة والراء المهملة وبالعين المهملة وبالزاي المعجمة واخرجي اذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره وتقرير المحتملات مشهور كاف وحبلك على غاربك تمثيل لانه تشبيه بالصورة المنتزعة من اشياء وهي هيئة الناقة اذا اريد اطلاقها للرعي وهي ذات رسن فالقي الحبل على غاربها وهو ما بين السنام والعنق كيلا تتعقل به اذا كان مطروحا فشبه بهذه الهيئة الاطلاقية اطلاق المرأة عن قيد النكاح او العمل او التصرف من البيع والاجارة والاستئجار وصار كناية في الطلاق لتعدد صور الاطلاق وفي وهبتك لاهلك اذا نوى يقع وان لم يقبلوها لانه يجب كون وهبتك لاهلك مجازا عن رددتك عليهم فيصير الى الحالة الاولى وهي البينونة فلا يحتاج الى قبولهم اياها في ثبوت البينونة والحقي باهلك مثل في مصيرها الى الحالة الاولى وقوله وهبتك لابيك او لابنك مثل بخلاف الاجانب فلا بد من النية اي في الحكم بوقوع الطلاق الا ان يكونا في حالة مذاكرة الطلاق وهو حال سؤالها الطلاق او سؤال اجنبي فيقع في القضاء وان قال اردت غير الطلاق فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه ويستثنى منها اختاري لما نذكره وامرك بيدك قال المصنف رح سوى القدوري بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق حال مذاكرة الطلاق في القضاء اذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات وهكذا فعل شمس الائمة في المبسوط والمشائخ كفخر الاسلام وغيره قالوا وهذا اي كونه لا يصدق اذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق انما هو فيما لا يصلح ردا اما ما يصلح له فيصدق اذا ادعى الرد ثم استانف تقسيما ضابطا فقال الاحوال ثلثة حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق وهي ما قدمنا وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق اي التطليق ويصلح ردا له وما يصلح جوابا وشتما ففي حالة الرضا يصدق بالكل اذا قال لم ارد الطلاق لانه لا ظاهر يكذبه وفي حال المذاكرة للطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا لا ردا كالخلية برية بائن بتة بتلة حرام اعتدي استبرئي رحمك اختاري امرك بيدك ويصدق فيما يصلح له وللرد مثل اخرجي اذهبي افلحي تقول العرب افلح عني اي اذهب اغربي قومي تقنعي ومرادفها كاستتري وتخمري ومعنى الرد في هذه اي اشتغلي بالتقنع الذي هو انفع لك من القناع وكذا اخواته ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفي حال الغضب يصدق فيما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا وشتيمة لا ارد الخلية برية بتة بتلة حرام وما يجري مجراه اذ يحتمل خلية عن الخير برية منه بتة بتلة اي مقطوعة عنه ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدي اختاري امرك بيدك استبرئي وعرف مما قدمنا ان اختاري امرك بيدك لا يقع بهما الطلاق الا بايقاعها بعده وانما هما كنايتان عن التفويض حتى لا يدخل الامر في يدها الا بالنية واعلم ان حقيقة التقسيم في الاحوال الى قسمين حالة الرضا وحالة الغضب واما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما بل لا يتصور سؤالها الطلاق الا في احدى الحالتين لانهما ضدان لا واسطة بينهما فتحرير التقرير ان في حالة الرضا المجرد عن سؤال الطلاق يصدق في الكل انه لم يرد الطلاق وفي حالة الرضا المسؤول فيها الطلاق يصدق فيما يصلح ردا انه لم يرده وفي حالة الغضب المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سبا وردا انه لم يرد الا السب والرد ولا يصدق فيما يصلح جوابا فقط وفي حالة الغضب المسؤول فيها الطلاق يحكم في عدم تصديقه في المتمحض جوابا بسببان المذاكرة والغضب وكذا في قبول قوله فيما يصلح ردا الا ان كلا من المذاكرة والغضب يستقل باثبات قبول قوله في دعوى عدم ارادة الطلاق وفيما يصلح للسب ينفرد الغضب باثباته فلا تتغير الاحكام ح فالاولى ان يعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيدي الغضب والمذاكرة قوله وعن ابي يوسف الخ الحق ابو يوسف بالتي تحتمل السب الفاظا اخرى وهي لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خليت سبيلك فارقتك فهذه

لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد او السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف ره في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب

اربعة الفاظ ذكرها الولوالجي وذكرها العتابي خمسة لا سبيل لا ملك خليت سبيلك الحقي باهلك حبلك على غاربك وفي الايضاح وفي شرح الجامع الصغير لشمس الائمة ذكر خمسة هي هذه الا انه ذكر مكان حبلك على غاربك فارقتك فتمت ستة الفاظ ووجه احتمالها السب ان لا ملك لي عليك اي انت اقل من ان تنسبي الي بالملك ولا سبيل لي عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقي باهلك كذلك وحبلك على غاربك اي انت مسيبة لا يشتغل احد بتاديبك اذ لا طاقة لاحد بمجاربتك وفي رواية جامع فخر الاسلام والفوائد الظهيرية ان ابا يوسف الحقها بالثلاث التي لا يدين فيها في الغضب كما لا يدين في المذاكرة وهي اعتدي اختاري امرك بيدك وفي شرح مختصر الكرخي قال ابو حنيفة لا سبيل لي عليك تقنعي استتري اخرجي اذهبي قومي تزوجي لا نكاح لي عليك يدين في الغضب لان هذه الالفاظ تذكر للابعاد وحالة الغضب يبعد الانسان الزوجة فيه وكذا في حال ذكر الطلاق وهذا لانه لا سبيل لي عليك يحتمل على طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقي وانتقلي كالحقي ولا رواية في اعرتك طلاقك ظاهرة وعن ابي يوسف يقع خلافا لمحمد وفي النوازل عن ابي حنيفة رح ليصير الطلاق في يدها لانه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق ان شئت كما كان للزوج ولو قال طلاقك علي لا يقع اصلا وروى الحسن عن ابي حنيفة ره لو قال وهبتك لابيك او لابنك او للازواج فهو طلاق لان المراة ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ولو قال لاختك او خالتك او عمتك او لفلان الاجنبي ونحوه لم يكن طلاقا وان نوى لانها لا ترد بالطلاق عليهم ولو زاد على اذهبي فبيعي ثوبك فلا يقع عند ابي يوسف رح خلافا لزفر رح لان اذهبي يحتمل فيه للطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق ولابي يوسف ره ان معناه عادة لاجل البيع فكان صريحه خلاف المنوي من الكنايات تنحي عني فاختلف في لم يبق بيني وبينك عمل فقيل يقع اذا نوى وقيل لا ومثله لم يبق بيني وبينك شيء وفي اربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع الا بالنية الا ان يقول خذي ايها شئت ثم عن محمد رح في رواية اسد يقع ثلاث وقال ابن سلام اخاف ان يقع ثلاث لمعاني في كلام الناس كانه يريد ان مراد الناس بمثله اسلكي الطرق الاربعة والا فاللفظ انما يعطي الامر بسلوك احدها والاوجه ان يقال يقع واحدة بائنة ومنها نجوت مني وقال المتاخرون في وهبتك طلاقك لا يقع وقيل يقع ولا يقع في نجتك طلاقك وان نوى او صفحت عنه ولا اجبته طلاقك ورفيقة او هو بيته او اردته وان نوى واما طال بلا قاف فالطلاق بعضهم او قوع وفصل بعضهم فقال مع اسكان اللام يحتاج الى النية ومع كسرها يقع بلا نية والوجه اطلاق التوقف على النية مطلقا لانه بلا قاف ليس صريحا لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز في غير النداء فانتفى لغة وعرفا فيصدق قضاء مع اليمين هذا في حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق اما في حالهما فيقع قضاء اسكنها او لا وفيه ايضا النظر المذكور لانه ايقاع بلا لفظ له ولا لاعم منه ليكون كناية وليس بمجاز فيه وهذا البحث يوجب ان لا يقع به اصلا وان نوى ومثل هذا البحث يجري في التطليق بالتهجي كانت طالق لانه ليس طلاق ولا كناية لان موضوعها تحتمل اشياء واوضاع هذه المسميات هي حرف ولذا لو قرا آية السجدة تهجيا لا يجب السجدة لانه ليس قرآنا ولا مخلص الا بعدم اشتراط غلبة الاستعمال في الصريح والاكتفاء فيه بكون اللفظ دالا عليه وضعا او عرفا ويقع بالتهجي في القضاء ولو ادعى عدم النية وكذا ابطال بلا قاف وفي قوله لاخر احمل اليها طلاقها او اخبرها به او بشرها تطلق في الحال لان الحمل لا يتحقق قبل الحصول ومنها انت علي كالميتة او الخمر او لحم الخنزير يقع بالنية وفي الكافي للشهيد اذا قال لامراته هذه عمتي او خالتي او محرم من الرضاع وثبت عليه بان سئل عن ذلك فاصر عليه فرق بينهما ولو قال كذبت او مزحت او وهمت او نسيت يصدق ولا يفرق استحسانا والقياس ان يفرق مطلقا ولا يصدق لانه اقر بالتحريم ووجه الاستحسان ان هذا ايجاب تحريم فلا يقع الا بالدوام عليه ولو قال لها هذه بنتي من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لان الظاهر يكذبه وكذا في هي امي ولها ام معروفة وان لم يكن لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله وثبت عليه فرق وكذا هي اختي ويختلف في لست لي بامراة وما انا لك بزوج فنوى الطلاق

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا
تشترط النية وينتقص بها العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله
عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد
عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها

لم يقع عند ابي حنيفة رح وقالا الا ان في النكاح ليس طلاقا بل كذب فهو كقوله لم اتزوجك او والله ما انت لي بامراة او سئل هل لك امراة فقال لا ونوى
الطلاق لا يقع كذا هنا ولانها تحتمل اي لست لي بامراة لاني طلقتك فيصح نيته كما في لا نكاح بيني وبينك مسئلة اخرى ممنوعة وبعد التسليم نقول به الالتزوج
انه ارادة الاستثناء عن الماضي لا نفي الحال لان الحلف يكون فيما يدخله الشك لا في انشاء النفي في الحال وقوله لم اتزوجك حجود لا يحتمل الانشاء لان الطلاق
لا يتصور بلا نكاح وكذا بدلالة السؤال عرف ان اراد النفي في الماضي وفي فتاوى صاحب المنافع اذا قالت لزوجها لست لي بزوج فقال صدقت ينوي طلاقها
يقع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وعلى هذا الخلاف اذا قال لست او ما انت امراتي او لست بزوجك عنده يقع بالنية والله اعلم وتحصل بالكنايات
الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا او عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لا يقع نوى به او لم ينو وكذا اذا كتب على لوح او حائط او ارض
او في كتاب الا انه لا يستبين لا يقع وان نوى به الطلاق لان مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف فلو وقع وقع بمجرد النية فان كان مستبينا لكن
لا على رسم الرسالة والخطاب فانه ينوي فيه كالكلام الكنى لا يقع الا بالنية لان الانسان قد يكتب مثله للايقاع وقد يكتب لتجربة الخط فان كان صحيحا يبين
بنيته بلسانه وان كان اخرس يبين بنيته بكتابته هذا اذا لم يكن خطابا او رسالة فلو كان على رسم كتب الرسالة بان كتب اما بعد يا فلانة فانت طالق
او انت حرة او اذا وصل اليك كتابي فانت طالق فانه يقع به الطلاق والعتاق ولا يصدق في عدم النية كما لو قال انت طالق ثم قال نويت من وثاق
لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ثم يقع عقيب الكتابة اذا لم يعلقه مثل ان يكتب امراته طالق او فلانة بخلاف ما اذا كتب اذا وصل اليك فانه لا يقع
بدون الوصول اليها وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه اذا وصل اليك كتابي فانت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وانفذه وسطره
باقية وقع اذا وصل ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع وان وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب وعليه الائمة الثلاثة
وما وقع في تفصيل بعضهم من انه اذا محا ما سوى كتابة الطلاق وانفذه فوصل اليها لا يقع فمبني على ان الرسالة المتضمنة لمجرد الطلاق لا يكون كتابا
وفيه نظر وما قيل من انه لو محي اكثر ما قبله فارسله لا يقع البعد من الاول اذ مقتضاه اعتبار الكتاب باعتبار ذكر اكثر الحوائج وليس الامر كذلك ولو كتب
الى امراته بطلاقها ثم انكر الكتاب وقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى ان كان لم ينو به الطلاق
فهي امراته ولو كتب اليها اما بعد انت طالق ان شاء الله ان كان موصولا بكتابته لا تطلق وان كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب ان شاء الله يقع
الطلاق لان المكتوب الى الغائب كالملفوظ كذا في الفتاوى الكبرى للصدر الشهيد والخلاصة وفيها معزوا الى المنتقى اذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في
كتاب آخر او امر غيره بان كتب ولم يمل هو فاتاها الكتابان طلقت طلقتين قضاء وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى وعلى هذا لو وصل احدهما
تقع واحدة قضاء وديانة ولا يخفى ان هذا فيما اذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب واما اذا لم يكن معلقا فلا اشكال في انه يقع ثنتين قضاء
لا ديانة الا ان ينوي به طلاقا آخر وكلما ذكرناه ثابت في حق الاخرس نحو ان كان يكتب وانما يعرف منه ذلك بان يسال بكتاب فيجيب بكتابة بالنية فان كان
لا يكتب وله اشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه وان لم يعرف منه ذلك او شككنا فيه فهو باطل وهذا استحسان والقياس في
جميع ذلك انه باطل لانه لا يتكلم وقد ذكر المص احكام الاخرس من هذه في آخر الكتاب قوله ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي
رح يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص ولا حاجة الى اثبات الاول بانها كنايات عنه حتى اريد منه بها لدفع بان
كونها كنايات مجاز بل عوامل بحقائقها كما سنذكر بل يكتفي بالاتفاق على ان الواقع طلاق والبائن بالنص فان قيل النص انما افاد الرجعة بالطلاق

والشرط تعين احدنوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة
وانما تصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى

الصريح معناه ولان قوله تعالى الطلاق مرتان المعقب بقوله وبعولتهن احق بردهن اعم من الطلاق الصريح وغيره ولان النسبة الى معنى اللفظ
الالى المنشأ غير انه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها اعني نص الافتداء لما عرف من ان الافتداء لا يتحقق الا بالبينونة والا يذهب
مالها ولا يفيد ما لاجله ان الكتاب ليفيد ان الطلاق يعقب الرجعة الا ما كان على مال وثالث واستدل لمشروعه بقوله ولنا ان تصرف
الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولما استشعر منع ثبوت الولاية شرعا اثبتها بقوله لحاجة ماسة الى اثبات الابانة كي لا ينسد عليه
باب التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بان المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج الى الابانة بهذه الصفة فتكون
هذه الولاية ثابتة دفعا لحاجته لانه لو ابانها بالثلث عصى ولو طلقها رجعيا ربما يراجعها في الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانيا وثالثا فيودي الى
استيفاء العدد وهو حرام وفيه سد باب التدارك فشرع له الابانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له امكنه التزوج ولا يخفى بعده
عن اللفظ والاوجه في العبارة هكذا قد يحتاج الى الابانة والثلث بكلمة حرام وتفريقها على ما ذكر كذلك فلزم ان يشرع له الابانة على هذه الصفة
يعني شرع الواحدة البائنة والاقرب الى اللفظ ما قيل انه قد يحتاج الى الابانة كيلا يقع في الرجعة بغير قصد منه بان تجيء المرأة فتقبله بشهوة فيصير مراجعا
وهو لا يريدها فيحتاج الى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك فهو لاجل ذلك محتاج الى ان تشرع له الابانة كذلك كيلا تفوت هذه المصلحة
ودفع بان هذه مصلحة وثبوت التمكن من اعادتها اذا ظهر له من نفسه طلبها وتغير رايه مع ان الانسان محل التغير مصلحة اخرى كيدة واذ كثيرا ما يقع ذلك
بل وقوعه بالمشاهدة اكثر من وقوع طلاق لم تدع النفس بعده الى مراجعة ومع الابانة لها ان تمتنع فيحصل له ضرر شديد وهذه لا تترتب الا على عدم
الابانة فاقتضت عدم شرعيتها بخلاف تلك اذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الابانة ليسير من الاحتراس من مجيئها مقبلة ونحوه فكان اعتبار
منع الابانة اجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الاخرى فان ارادت تخصيص نص اعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالافتداء ايضا
لان التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه ولم يلزم لان حاجته الى الخلاص بالابانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الابانة على وجه
لا يعقب الندم تركها بعد الرجعة حتى تنقضي العدة او تفريق الثلث على الاطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة واذا
رجحنا كراهية الواحدة البائنة في اوائل كتاب الطلاق بعد ما حققنا بسبب تحقق الحاجة الى الابانة من القفعام هذا ولا يخفى ان المعنيين اعني عدم انسداد
باب التدارك وباب الرجعة اذا تغير رايه من باب دفع المفسدة لا جلب المصلحة والوجه في الاستدلال ان يقال لما اثبت الشرع الايقاع بهذه الالفاظ
فقد اثبت الابانة لانها معناها وقوله الطلاق مرتان اي المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة بمرة واحدة خصوصا عنده فانه غير مكروه ايضا
لفظ بائن مثلا يقع به البينونة الغليظة بلفظ واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع به الغليظة وقع به الخفيفة وايضا خص منه الطلاق
بمال فلم يبق العموم مرادا فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد اخرج منه ذلك حين ثبت شرع الايقاع بلفظ بائنة حيث ايضا اخراج الواحدة البائنة
بلا مال يعقب الرجعة لان شرع الايقاع هو جعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البينونة والدلالة على ايقاع الثلث شرعا به تحليفه
صلى الله عليه وسلم ابا ركانة حين طلقها البتة انه ما اراد الا واحدة وشرح قوله وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها يعني لا تردد في
المراد للقطع بان معنى بائن الحقيقي الذي هو ضد الاتصال مراد وكذا البتة والبتل القطع والتردد وانما هو في متعلقها اعني الوصلة وهي اعم
من وصلة النكاح والخيرات والشر فاذا تعين بالنية عمل بحقيقته وكذا معنى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد في كونه بالنسبة اليه او الى

ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شئ لانه الظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم تكن حال مذاكرة الطلاق

غيره من الرجال فاذا مين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه وانما اطلق عليه كناية مجازا للتردد في ذلك المتعلق الذي يتعين الغرض والمستعمل فيه اللفظ والوجه ان اطلاق اسم الكناية حقيقة لان الكناية لا تساوي المجاز بل قد تكون حقيقة لانه يتعد والمعنى وقد يكون حقيقة فيهما وقد حقق في نحو طويل النجاد وكثير الرماد ان المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد لكن لا يقتصر عليه بل ليعبر منه الى طول القامة وكثرة الاضياف والوجه ان يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازا عن الطلاق وتحقيقه ان مشترك معنوي من قبيل المشكك فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك فاذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل رجل كلا من زيد وعمرو وغيرهما والوجه ان يقول عوامل بحقائقها او بحقيقة ما استعملت فيه وهذا لان نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو بالبينونة وكذا وهبتك لاهلك لتعذر حقيقة الهبة اعني التمليك فهو مجاز عن ردذلك على ما قدمناه وقياس الباقي سهل وبهذا ظهر انه لا يراد بها الطلاق بل البينونة لانها هي معنى اللفظ الدائر في الافراد وهي متنوعة الى غليظة وهي المترتبة على الثلث وخفيفة كالمترتبة على الخلع فايهما اراد صح ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال وطالق ثلثا وحاصله ان ما يثبت عند طالق شرعا لازم اعم يثبت عنده وعند هذه الالفاظ والخلع فقولنا يقع بها الطلاق ح معناه يقع لازم لفظ الطلاق شرعا وانتقاص عدده هو نفذه وقوع ذلك اللازم واستكماله بذلك بارسال لفظ الثلاث بل لازم وقع الطلاق وقع اللازم الشرعي لانه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما اسلفنا في فاتحة كتاب الطلاق فارجع اليها فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تاويل وتقرير المص ان الواقع البينونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة وهذا جواب عن قول الشافعي ره وينتقص به وهو بناء على انه غيره وانت تعلم انه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق زوالها في الفسوخ مع عدم الطلاق والجواب ان زوال الوصلة لا بد ان يستعقب في غير الفسخ النقصان مع الاتفاق على ان الثابت بالكناية ليس فسخا فليلزمه نقصان العدد **قوله** ولا تصح نية الثنتين اي بالكنايات عندنا خلافا لزفر ره وقد بيناه من قبل في باب ايقاع الطلاق في التعليق بالمصدر **قوله** ولو قال لها اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوها ان ينوي بكل من هذه الالفاظ طلاقا او بالاولى طلاقا لا غير او بالاولى حيضا لا غير او بالاوليين طلاقا لا غير او بالاولى والثانية طلاقا لا غير او بالثانية والثالثة طلاقا فقط او بالاولى حيضا لا غير وفي هذه الوجوه الستة تطلق ثلثا او ينوي بالثانية طلاقا لا غير او بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير او بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير او بالاخريين طلاقا لا غير او بالاوليين حيضا لا غير او بالاولى والثالثة حيضا لا غير او بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا او بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا او بالاولى والثانية حيضا او بالثالثة طلاقا او بالاولى والثالثة حيضا والثانية طلاقا او بالثانية حيضا لا غير وفي هذه احد عشر وجها تطلق ثنتين او ينوي بكل منها حيضا او بالثالثة طلاقا لا غير او بالثالثة حيضا لا غير او بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير او بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وبالآخرين حيضا لا غير وفي هذه الوجوه الستة تطلق واحدة او لم ينو بكل منها شيئا فلا يقع في هذا الوجه شئ والاصل انه اذا نوى الطلاق بواحدة تثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في عدم نية شئ بما بعدها ويصدق في نية الحيض لظهور الامر باعتداد الحيض عقيب الطلاق واذا لم ينو الطلاق بشئ صح وكذا كل ما قيل المنوي بها ونية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة منوي بها الطلاق يقع بها الطلاق ويثبت بها حالة المذاكرة فيجري فيها الحكم المذكور لها بخلاف ما اذا كانت مسبوقة بواحدة اريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق ولا يخفى التخريج بعد هذا وان هذا فيما اذا كان الخطاب مع منهي

وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

من ذوات الحيض فلو كانت آيسة او صغيرة فقال اردت بالاول طلاقا وبالباقي تربصا بالاشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه ولو قال نويت بهن واحدة فهو كما قال ديانة لاحتمال قصد التاكيد كانت طالق طالق طالق لا قضاء لانه خلاف الظاهر وعلمت ان المرأة كالقاضي لا يحل لها ان تمكنه من نفسها اذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه وقد ظهر مما ذكر ان المراد بحال مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السوال وهو خلاف ما قدموه من انها حال سوالها او سوال الاجنبي طلاقا بل هي اعم من حالة السوال للطلاق ومن مجرد ابتداء الايقاع ثم على هذا القائل ان يقول المذاكرة التي تصير الكناية معها ظاهرة في الايقاع انما هي سوال الطلاق لان ذكر الكناية الصالحة للايقاع دون الرد عقيب سوال الطلاق ظاهر في قصد الايقاع به فيمتنع قبول دعواه عدم ارادة الطلاق بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بايقاع الطلاق مرة فان الايقاع مرة لا يوجب ظهور الايقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا في الايقاع حتى لا يقبل قوله في عدم ارادته بالكناية **قوله** وفي كل موضع يصدق الزوج في نفي النية انما يصدق مع اليمين الخ قدمنا بيانه ونقله عن الكافي للحاكم ولزوم اليمين لما فيه من الالزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليمين والاقرب انه لنفي التهمة اصله حديث تحليف ركانة المتقدم **فرع** طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنا صارت بائنة وقال محمد رحمه الله لا تكون الا رجعية ولو قال جعلتها ثلاثا صارت ثلاثا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون الا واحدة لان الواحدة لا تكون ثلاثا ولمحمد في الاول ان جعله الرجعية بائنة تغيير للمشروع فيرد عليه قلنا يملك البائن لما ذكرنا قريبا لكنه لم ينص على وصف ابتداء اكتفاء باصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البينونة فاذا ابانها التحقت باصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك البيع النافذ كان الكلام اصله ووصفه ملك الحاق وصفه باصله كتنفيذ عقد الفضولي واعلم ان الصريح يلحق الصريح والبائن عندنا والبائن يلحقه الصريح لا البائن الا اذا كان معلقا فلو قال لها بعد الخلع انت طالق وقع الطلاق عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولو قال بائن لم يقع اتفاقا ولو قال ان دخلت الدار فانت بائن ينوي الطلاق ثم ابانها فدخلت في العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافا لزفر رحمه الله اما لحوق الصريح البائن فلقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني الخلع ثم قال تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع وعن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وهنا القيد الحكمي باق لبقاء احكام النكاح وانما فات الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف في المحل كالحيض ولهذا لحق البائن الصريح بل اولى لبقاء الاستمتاع واما لحوق عدم البائن البائن فلامكان جعله خبرا عن الاول وهو صادق فيه فلا حاجة الى جعله انشاء لانه اقتضاء ضروري حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغي ان يعتبر وتثبت الحرمة الغليظة لانها ليست ثابتة في المحل فلا يمكن جعله اخبارا عن انها ثابتة فتجعل انشاء ضرورة ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلنا لانه صح تعليقه ولم يمكن جعله خبرا حين صدر واورد عليه ان مثله لازم في انت طالق انت طالق فلزم ان لا يلحق الصريح الصريح اجيب بانه لا احتمال فيه لان انت طالق متعين للانشاء شرعا ولو قال اردت به الاخبار لا يصدق قضاء وفي مسئلتنا لم يذكر انت بائن ثانيا ليجعل خبرا بل الذي وقع اثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق وقد عرف ان الاسم الذي اطلقوا عليه ان المراد من البائن الذي لا يلحق ما هو بلفظ الكناية لانه هو الذي ليس ظاهرا في الانشاء في الطلاق وبه يقع الفرق بين الصريح انت طالق انت طالق وانت بائن ولانهم جعلوه مقابل الصريح ولا يقابله البائن الا اذا كان كناية لان الصريح اعم من البائن لانه ما لا يحتاج الى نية بائنا كان الواقع به او رجعيا والكناية ما يحتاج اليها غير انه لا يقع بها في غير الثلاثة الالفاظ اعتدي استبرئي رحمك انت واحدة الا بائن في الخلاصة نقلا من الزيادات الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا والصريح يلحق البائن وان لم يكن رجعيا وقوله الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا لا يتصور

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار وإذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين

لأن البينونة سابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بالبانة فما ذكر من أنه إذا أبانها ثم قال لها أنت طالق بائن يلغو بائن هو ما ذكر من عدم الحكم الرجعة فكان ذكره وتركه سواء وما زاد في تعليل الإلغاء في هذه المسئلة في الهادي من قوله يلغو تصحيحا لكلامه لا معنى له وعلى مجرد الإلغاء اقتصر في الخلاصة وحمله ما ذكرنا وعلى هذا فما وقع في جلب من الخلاف في واقعة هي أن رجلا أبان امرأته ثم طلقها ثانيا في العدة الحق فيه أنه يلحقها لما سمعت من أن الصريح وإن كان بائنا يلحق البائن ومن أن المراد بالبائن الذي لا يلحق هو ما كان كناية على ما يوجبه الوجه وفي الحقائق لو قال إن فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال كذا الأمر آخر ففعل أحدهما وقع طلاق بائن ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين ينبغي أن يقع آخر وقال هذا ينبغي أن يحفظ **تتمة** في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لأن البينة كذبتهما ولو شهدا أنه طلق إحدى نسائه بعينها ونسيا فشهادتهما باطلة ولو شهدا أنه طلق إحداهن بغير عينها الرشاد الإيقاع على إحداهن استحسانا وفي القياس هو الأول ولو شهد شاهد على طلقتين وآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تجوز على طلقتين وتأتي هذه في الهداية في باب الاختلاف في الشهادة وإذا شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة القاضي أن يضعها على يد عدل حتى يأتي بالآخر لا يفعل ويدفعها إلى زوجها فإن كان الطلاق بائنا وادعت أن بقية الشهود بالمصر شاهدهما عدل فإنه يؤجلها ثلاثة أيام ويحال بينها وبين زوجها حتى ينظر ما يصنع في شاهدها الآخر فهو حسن ولو دفعها للزوج لا بأس به ولو شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثا والآخر أنه قال أنت علي حرام ينوي الطلاق فهي باطلة وكذا لو شهد أحدهما أنه طلقها إن دخلت الدار وأنها دخلت والآخر أنه طلقها إن كلمت فلانا وأنها كلمته وكذا إن اختلفا في ألفاظ الكنايات وكذا في مقادير الشروط الذي علق عليها في التعليق والإرسال ومقادير الآجال وصفاتها وفي اشتراطها وحذفها وإذا شهدا أنه قال إن دخلت الدار فلانة فهي طالق وفلانة سماها والآخر أنه قال وحدها وقد دخلت فلانة تطلق وحدها لأنهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة ولو شهد على تطليقة بائنة وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية وكذا إذا شهدا على تطليقة والآخر على واحدة وأحد أو على واحدة والآخر على واحدة وعشرين أو واحدة ونصف والأصل عنده أنها في العطف تقع في المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ ومراده بخلاف المباين فلذا لا تقبل شهادة أحدهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافا لهما لأن الذي شهد بثنتين لم يتكلم بالواحد ولا بمرادفها وسيأتي هذا الأصل في باب الاختلاف في الشهادة ولو شهد أنه قال فلانة طالق لا بل فلانة والآخر على أنه سمى الأولى فقط جازت على الأولى ولو شهد أنه قال طالق الطلاق كله والآخر على أنه قال بعض الطلاق لم تجز الشهادة عنده وعندهما تطلق واحدة ولو شهد أنه قال طالق والآخر أنه أقر بالطلاق جازت وكذا إن اختلفا في الوقت أو المكان أو الزمان بأن شهد أنه طلقها يوم النحر بمكة والآخر أنه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب أحدهما ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما من الأيام قدر ما يسير الراكب من الكوفة إلى مكة جازت شهادتهما ولو شهد اثنان أنه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة والآخران أنه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة ولو جاءت إحدى البينتين فقضى بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها وإذا قال الرجل لامرأته أيتكما أكلت هذا فهي طالق فجاءت كل منهما بينة أنها أكلته تطلقان جميعا وإن جاءت إحداهما فحكم بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها وإن كانت كلتاهما لم تطلقا

باب تفويض الطلاق **فصل في الاختيار** لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق بنفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره وتحت هذا الصنف ثلاثة أصناف التفويض بلفظ التخيير وبلفظ الأمر باليد وبلفظ المشيئة **قوله** إذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق يعني ينوي تخييرها فيه أو قال لها

ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر

طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك وان طال يوما او اكثر ولم تتبدل بالاعمال فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها خيار المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين قال ابن المنذر اختلفوا في الرجل يخير زوجته فقالت طائفة امرها بيدها فان قامت من مجلسها فلا خيار لها وروينا هذا القول عن ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم وفي اسانيدها مقال وبه قال جابر بن عبد الله وقال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان الثوري والاوزاعي والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي وفيه قول ثان وهو ان امرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره وهذا قول الزهري وقتادة وابي عبيد وابن نصر وبه نقول لانه يدل على صحته قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها لا تعجلي حتى تستامري ابويك وحكى صاحب المغني هذا القول عن علي فاعترض على نقل الاجماع والجواب ان الرواية عن علي رض لم تستقر فقد روي عنه كقول الجماعة ولذا نص في بلاغات محمد رحمه الله انه قائل بالاقتصار على المجلس قال بلغنا عن عمر وعثمن وعلي وابن مسعود وجابر رض في الرجل يخير امرأته ان لها الخيار مادامت في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون اجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم ومن من نقل من التابعين القول الاول ممن نقل عنهم الثاني وقوله في اسانيدها مقال لا يضر بعد تلقي الامة بالقبول مع ان رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة واما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رض لا تعجلي الخ فضعيف لانه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهو ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها الا ترى الى قوله تعالى في الآية التي هي سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا **قوله** ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعي جوابا في المجلس اورد لو كان تمليكا لم يبق الزوج مالكا للطلاق في ذلك المجلس لاستحالة كون الشيء مملوكا كله لاكثر من واحد في زمان واحد وهو منتف فانه لو طلقها بعد التخيير وقع وايضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث وقد نص محمد رحمه الله على انه يحنث وهو يقتضي ان تكون نائبة عنه وايضا يصح عندنا توكيل المديون بابراء نفسه وهذا يرد على تعليل كونه تمليكا بانها عاملة لنفسها واجيب بان المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل باختياره بحيث لا يلحقه اثم على نفس الفعل ولا خلف في عدم فعله بخلاف الوكيل فانه يخاف ان لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فان تمليك الفعل هكذا ولزوم انتفاء الملك بالتمليك في الاعيان لا في ملك الافعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كالبلاد وهو الاختصاص ومسئلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد رح والمنع مذكور في الزيادات لصاحب المحيط واما المديون فوكيل وانما وقع عامله في الابراء لرب الدين باعتبار امره وثبت اثر التصرف لنفسه في ضمنه وهو فراغ ذمته وفي هذا النظر بحث في تطليقها نفسها بان يقال هي وكيلة فهي في نفس فعل الايقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمنا ولو التزم كون المديون مملكا لم يصح لانتفاء لازمه لان للدائن ان يرجع قبل الابراء وسنذكر ما هو الاوجه واعلم ان الجواب الذي يستدعيه التمليك هو القبول في المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزما للمطلوب ولهذا قال في الذخيرة ان هذا التمليك يخالف سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة ولا يتوقف على القبول فظهر ان هذا التمليك بخصوصه لا يستدعي الجواب الذي يتم به التمليكات ولكونه تمليكا يتم بالملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لا لكونه متضمنا معنى التعليق لانه اعتبار يمكن في سائر الوكالات لتضمنها معنى اذا بعته فقد اجزته والولايات لتضمنها اذا حكمت بين من شئت فقد اجزته فكان يقتضي ان لا يصح الرجوع والعزل فيها فلا حاجة اليه لهذا المعنى لا تنبائه على ما ذكرنا لكن اذا كان الملك يثبت فيه بالملك وحده لم يصح القول بانه يخالف

اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض
ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس
ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم
ولانه بسبيل من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها
وذلك في البائن ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع قال ولا بد من ذكر النفس في كلامه او في كلامها حتى
لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسر من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا
للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته

سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس بل بقاؤه هو الموافق لسائر التمليكات التي تثبت الملك عند ما وانما خالفها بما ذكرنا واعتبار
اقتصاره على المجلس والمستند فيه اجماع الصحابة واعلم ان الاقتصار على المجلس في الخطاب المطلق اما لو قال طلقي نفسك متى شئت فهو لها في المجلس
وغيره واذا فوض وهي غائبة اعتبر مجلس علمها ولو قال جعلت لها ان تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في هذا اليوم فلو مضى اليوم ثم علمت خرج
الامر عن يدها وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها في المجلس ثم ليس للزوج ان يرجع قبل انقضاء المجلس
لانه بمعنى اليمين اذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ما هو التحقيق **قوله** اذ مجلس الخ لو كانا يتحدثان فاخذا في الاكل انقضى مجلس
الحديث وجاء مجلس الاكل فلو انتقلا الى المناظرة انقضى مجلس الاكل وجاء مجلس المناظرة ولو خيرها فلبست ثوبا او شربت لا يبطل خيارها لان
العطش قد يكون شديدا يمنع من التامل ولبس الثوب قد يكون لتدعو اشهودا بخلاف ما لو اكلت ما ليس قليلا او امتشطت او اقامها الزوج قسرا
فانه يخرج الامر من يدها لظهور الاعراض به ووجهه في الاقامة انها يمكنها ممانعته في القيام او تبادر الزوج باختيارها نفسها فعدم ذلك دليل
الاعراض وكذا اذا خاضت في كلام آخر قال تعالى حتى يخوضوا في حديث غيره افاد انه اعراض عن الاول **قوله** ثم لا بد من النية اي نية الطلاق في قوله اختاري لانه
يحتمل تخييرها في نفسها بالاقامة على النكاح وعدمه ويحتمل تخييرها في غيره من نفقة او كسوة فاذا اختارت نفسها فانكر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه
الا اذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم انو الطلاق لا يصدق في القضاء وكذا اذا كانا في غضب واذا لم يصدق في
القضاء لا يسع المرأة ان تقيم معه الا بنكاح مستقبل **قوله** والقياس ان لا يقع بها شيء لان التمليك فرع ملك المملك وهو لا يملك الايقاع بهذه
اللفظة لو قال اخترت نفسي منك واخترتك من نفسي ناويا لا يقع الا انا استحسنا الوقوع باختيارها باجماع الصحابة رضي الله عنهم **قوله** ولانه بسبيل الخ
ظاهره انه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس ويقتضي الوقوع بخصوص هذه اللفظة وهو لا يقتضي ذلك وانما يقتضي جواز اقامتها مقامه في الفراق
والاتلاق منهما بل يقتضي ان لا يقع به لان اقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الايقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس **قوله** ثم الواقع بها بائن روي
عن زيد بن ثابت انه ثلث وبه اخذ مالك في المدخول بها وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة وعن عمر وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم واحدة
رجعية وبه اخذ الشافعي واحمد رح وثبت عن علي رض ان الواقع به واحدة بائنة توسطا بين الغايتين ورجح قول عمر وابن مسعود رض بان الكتاب دل على ان الطلاق
يعقب الرجعة الا ان تكون الطلقة الثالثة وانت علمت انه اخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم اخراج الطلاق بما دل على البينونة من الالفاظ على
ما اسلفناه ولفظ اخترت نفسي بل نفس تخييرها يفيد ملكها نفسها اذا اختارتها لانه ينبئ عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة
والا لم تحصل فائدة التخيير اذا كان له ان يراجعها في الحال شاءت او ابت وقد روى الترمذي عن عبد الله بن مسعود وعمر ان الواقع بها بائنة كما روي
عنهما الرجعية فاختلفت الرواية عنهما وقد ترجح بما ذكرنا قول علي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم ثم هو غير متنوع لانه انما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت
فيه مقتضى فلا يعم بخلاف انت بائن ونحوه فلا يقع الثلث في قوله اختاري وان نواها بخلاف التفويض بقوله امرك بيدك حيث تصح نية الثلث
فيه لان الامر شامل بعمومه لمعنى الشان للطلاق فكان من افراده لفظا والمصدر يحتمل نية العموم وقيل الفرق ان الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف
القياس باجماع الصحابة رضي الله عنهم واجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل اي بائن ونحوه لان الوقوع بمقتضى نفس الالفاظ ومقتضاها
البينونة وهي متنوعة وفيه نظر لانتفاء اجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت ان الواقع به ثلث قولا بكمال الاستخلاص **قوله** ولا بد

وكذا لو قال اختاري اختيارةً فقالت اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادات بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة

من ذكر النفس في كلامه او كلامها يعني او ما يقوم مقامه كالاختيارة والتطليقة وكذا اذا قالت اخترت ابي او امي او الازواج او اهلي بعد قوله اختاري يقع لانه مفسر في الازواج ظاهر وكذا اهلي لان الكون عندهم هو المفهوم من اخترت اهلي انما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج وكذا تطلق بقول الزوج الحقي باهلك بخلاف قولها اخترت قومي او ذا رحم محرم لا يقع وينبغي ان يحمل على ما اذا كان لها اب او ام اما اذا لم يكن ولها اخ ينبغي ان يقع لانها تكون عنده عادة عند البينونة اذا عدمت الوالدين وانما اكتفى بذكر هذه الاشياء في احد الكلامين لانها ان كانت في كلامه تضمن جوابها اعادته فيه كانها قالت فعلت ذلك وان كان في كلامها فقد وجد ما يختص بالبينونة في اللفظ العامل في الايقاع فلا حاجة معه الا الى نية الزوج فاذا فرض وجودها ثبت عليه البينونة فتثبت بخلاف ما اذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لان المبهم لا يفسر المبهم او لفظ مبهم ولذا كان كناية لاحتمال اختاري ما شئت من مال او حال او مسكن وغيره وايضا الاجماع انما هو في المفسر من احد الجانبين والايقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ولولا هذا لامكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد ان نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل والا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له اصلا كاسقيني وبهذا يبطل اكتفاء الشافعي رح واحمد بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي لا بل زوجي يقع ولو قدمت زوجي لا يقع والوجه عدم صحة الرجوع في الاول وخروج الامر من يدها في الثاني ولو قالت اخترت نفسي او زوجي لم يقع ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده ولو خيرها ثم جعل لها الفا على ان تختاره فاختارته لا يقع ولا يجب المال لانه رشوة اذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة **قوله** وكذا لو قال اختاري اختيارة الخ يعني ان ذكر الاختيارة في كلامه تفسير من جانبه كذكره نفسها فلو لم تزد على اخترت وقعت بائنة ووجه ان الهاء فيها للوحدة واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة بان قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فانه انما يقع به واحدة ويتعدد اخرى بان قال لها اختاري اختاري اختاري او اختاري نفسك بثلث تطليقات او بما شئت فقالت اخترت يقع الثلث فلما قيد بالوحدة ظهر انه اراد تخييرها في الطلاق فكان مفسرا فالزام التناقض بانه اثبت هنا امكان تعدد الواقع ولو ثلثا ونفاه فيما تقدم بقوله لان الاختيار لا يتنوع مندفع لانه لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة الى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر فان قيل اجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغي ان لا يجوز بقولها اخترت اختيارة او اهلي او نحوه فان هذه لم يجمع عليها قلنا عرف من اجماع الصحابة رض اعتبار مفسر لفظا من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر والخصوص للفظ المفسر فمعلوم الالغاء واعتبار المفسر اعم منه حتى تخص بقرينة غير لفظية توجب ما ذكرنا من الوقوع بالنية اصلا ولو اختارت زوجها لا يقع شيء وعن علي تقع رجعية كانه جعل نفس اللفظ ايقاعا لكن قول عائشة رض خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يعدده علينا شيئا رواه الستة وفي لفظ في الصحيحين فلم يعد ذلك شيئا يفيد عدم وقوع شيء **قوله** فقالت انا اختار نفسي المقصود انها ذكرت بلفظ المضارع كاختار نفسي سواء ذكرت انا او لا ففي القياس لا يقع لانه وعد كما لو قال طلقي نفسك فقالت انا اطلق حيث لا تطلق وكذا لو قال لعبده اعتق رقبتك فقال انا اعتق لا يعتق وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين عنها قالت لما امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير ازواجه بدأ بي فقال اني ذاكر لك امرا فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستأمري ابويك وقد علم ان ابوي لم يكونا يأمراني بفراقه ثم قال ان الله تعالى قال لي يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها الى قوله اجرا عظيما فقلت ففي هذا استأمر ابوي فاني اريد الله

ولا يحتاج الى نية الزوج وتقع تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر ولهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب ولكن يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لانها للمرة فصارت كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتاكيد وبدون التاكيد يقع الثلث فمع التاكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي واخترت نفسي بتطليقة

ورسوله والدار الآخرة ثم فعل ازواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت فقط لفظ لمسلم بل اختار الله ورسوله والعبرة لرسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لا يقال قد ذكرت ان التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس هو المتكلم فيه بل انهن لو اخترن انفسهن يطلقهن لان المقصود بالاستدلال به اعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا يفيده قيام معناه في الحال قول المصنف ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال هو احد المذاهب وقيل بالقلب وقيل مشترك بينهما وعلى اعتبار جعله للحال خاصا او مشتركا فالفعليا رجح هنا المراد احد مفهوميه اعني الحال القرينة تكون اخبارا عن امر قائم في الحال وذلك يمكن في الاختيار لان محله القلب فيصح الاخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الاخبار كما في الشهادة وكلمة الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لا يمكن جعله اخبارا عن طلاق قائم لانه انما يقوم باللسان فلو جاز قام به الامران في آن واحد وهو محال وهذا بناء على ان الايقاع لا يكون بنفس اطلق لانه لا تعارف فيه وقدمنا انه لو تعورف جاز ومقتضاه ان يقع به هنا ان تعورف لانه انشاء لا اخبار **قوله** ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر نفسها ذكر في الدراية لان في لفظه ما يدل على ارادة الطلاق وهو التعدد وهو انما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج وهذا يفيد عدم الاحتياج اليها في القضاء حتى اذا قال لم انو لم يلتفت اليه ويفرق بينهما لا عدم الاحتياج اليها في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصريح ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية وان كررها في الجامع قال اختاري اختاري اختاري بالف ينوي الطلاق فاشتراط النية مع المال والتكرار فضلا عن احدهما وهذا لما عرف ان الاحوال تشترط لكن في شرح الزيادات لقاضي خان لو كرر فقال امرك بيدك وامرك او فامرك بيدك بالفاء او الواو فقالت اخترت نفسي وقال الزوج لم انو الطلاق كان القول قوله لان التكرار لا يزيل الابهام وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه وتحقق في المسئلة خلاف بين المشايخ وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد والعتابي وغيرهما وشرط ابو معين النسفي النية مع التكرار كقاضيخان ومنهم من استشهد بما استشهدنا به في لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو في القضاء ولا يخفى بعده في مسئلة الجامع الكبير لان ذكر المال ظاهر في ارادة الطلاق فكيف يصدقه القاضي اذا انكر ارادة الطلاق واما ما في الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما في نفس الامر اي يشترط للوقوع ثبوت النية في نفس الامر لان هذا الاصل ان اثبات اجوبة المسائل من قولنا يقع لا يقع يجب لا يجب انما هو بالنسبة الى نفس الامر وليس كل ما يشترط في نفس الامر يشترط للقضاء غير انا مع ذلك اخترنا ما ذكره القاضي من انه لو انكر الطلاق بقوله لم انو فالقول قوله لانتهاض الوجه لان تكرار امره بالاختيار لا يصير ظاهرا في الطلاق لجواز ان يريد اختاري في المال اختاري في المسكن ونحوه وهو كاعتدي اعتدي اعتدي حيث يصدق في انكار نية الطلاق لامكان ارادة اعتدي نعم الله ومعاصيك ونحوه ما في البدائع لو قال اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقالت نويت بالاولى طلاقا وبالباقيين التاكيد لم يصدق لانه لما نوى بالاولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا ظاهرا ومثله في المحيط ظاهر وقال في الكافي في مسئلة الكتاب قيل لا بد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد التفريع دون بيان صحة الجواب وعلى هذا فينبغي ان حذف النية في الجامع الصغير لذلك **قوله** ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد الترتيب يعني هو في نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة فان بطل الثاني في خصوص هذا المحل لاستحالته في المجتمع في الملك اعني الثلث التي ملكتها بقوله اختاري ثلث مرات اذ حقيقة الترتيب في الافعال لا الاعيان كما يقال جاء القوم اولا فاولا لم يلزم ابطال الآخر فيجب اعتباره **قوله** والكلام للترتيب ذكر في المبسوط لابي حنيفة رحمه الله وجهين احدهما ان الاولى نعت للمؤنث فاقتضت مذكورا موصوفة والمذكور ضمنا الاختيارة وكانها قالت اخترت الاختيارة الاولى او المرة الاولى ولو قالت ذلك طلقت ثلثا والآخر انها اتت بالترتيب

فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة ولو قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة

فيما لا يليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل وهذا تمم الاشارة اليه بقوله ان هذا وصف لغو الى قوله في المكان فقوله والكلام للترتيب ابتداء وجه يتضمن جواب قولهما ان كان لا يفيد من حيث الترتيب الى آخره لا يطابق الوجه الاول والمراد بالكلام لفظ الاولى فان كثيرا من الاصوليين يطلقه على المفرد وبعضهم ينسبه الى كلهم ثم يرد عليه منع ان الافراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الاولى بل كل منها مدلول ليس احدهما تبعا للآخر حتى اذا الغا في حق الاصل لغا في حق البناء وهو الافراد واذا الغيا بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع ولهذا اختار الطحاوي قولهما والجواب بعد تسليم ان الفردية مدلول تضمني فقد يكون احد جزئي المدلول المطابقي هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد هنا من قوله والافراد من ضروراته فينتفي التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك لانه وضع الذات باعتبار معنى هو المقصود فالمراد في الفرد فيه حقيقيا او اعتباريا كالطائفة الاولى والجماعة الاولى الا من حيث هو متصف بتلك النسبة فاذا بطلت بطل الكلام وقد ضعف بعضهم تعليل ابي حنيفة رحمه الله بان الترتيب ثابت في اللفظ وان لم يكن ثابتا في المعنى فصدق وصفها بالاولى والوسطى الخ باعتبار ان قوله اختاري اختاري جملة بعد جملة والحاصل من هذا اخترت نفسك الاولى او كلمتك الاولى ولا معنى له اصلا بعد فرض هذا وصفا للطلاق به والبعد من رام الدفع عنه بان المعنى اخترت الايقاع بكلمتك الاولى لان الايقاع لا يكون بكلمة قط بل بكلمتها مرتبة بها الطلاق ولو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت اختيارة او الاختيارة او مرة او بمرة او دفعة او بدفعة او بواحدة او اختيارة واحدة يقع الثلث اتفاقا لانه جواب الكل حتى لو كان بمال لزم كله **قوله** فهي واحدة يملك الرجعة وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والاوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الاسلام فان فيه ما في الهداية وجه الصحيح ان الواقع بالتخيير بائن لان التخيير تمليك النفس منها وليس في الرجعي ملكها نفسها وايقاعها وان كان بلفظ الصريح لكن انما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به ايها والصريح لا ينافي البينونة كما في تسمية المال فيقع به ما ملكته لانها لا تملك الا ما ملكت الا ترى انه لو امرها بالبائن فاوقعت الرجعي او بالعكس وقع ما امرها بها لا ما اوقعته فان قيل ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصلح طلقت جوابا لاختاري حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلقي نفسك حتى لا يقع به شيء الا عند زفر وسنذكر جوابه في فصل الامر باليد **قوله** لكن بتطليقة قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقي نفسك وقد ذكرنا انه لا يقع باخترت جوابا لطلقي نفسك اجيب بان آخر كلامه لما فسر الاول كان العامل هو المفسر وهو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا له **فرع** قال انت طالق ان شئت واختاري فقال شئت واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار ولو قال اختاري اختاري اختاري بالف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الاوليان بلا شيء والثالثة بالف لانها المقرونة بالبدل كما في الاستثناء والشرط وكذا لو قالت اخترت نفسي اختيارة او واحدة او بواحدة ولو قالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة تطلق ثلثا بالف على قول ابي حنيفة رح وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شيء ان قالت اخترت الاولى او الوسطى وبالف ان قالت اخترت الاخيرة ولو قالت طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان التطليقة اسم للواحد فلا يكون جوابا عن الكل بل البعض فبعد ذلك تسئل المرأة عن ذلك فان قالت عنيت الاولى او الثانية وقعتا بلا شيء او الثالثة بانت بالف ولو قال اختاري واختاري واختاري بالعطف الالف الالف مقابل بالثلث للعطف فلو قالت اخترت نفسي بتطليقة لم يقع شيء لان الواحد لو وقعت ثبات البدل ولم يرضه ولو قالت اخترت الاولى او الثانية او الثالثة وقعت ثلث بالف عنده وعندهما لا يقع لانه لو وقع وقع بثلث الالف ولو قال لها اختاري

فصل في الأمر باليد وإن قال لها أمرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث ولو قالت طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الأول الاختيارة وفي الثانية التطليقة إلا أنها تكون بائنة لأن التفويض في البائن ضرورة ملكها أمرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الإيقاع وإنما تصح نية الثلث في قوله أمرك بيدك لأنه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لأنه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وإن ردت الأمر في يومها بطل الأمر في ذلك اليوم وكان بيدها بعد غد لأنه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الأمر إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا أمرين فبرد أحدهما لا يرتد الآخر وقال زفر هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت والأمر باليد يحتمله فيوقت الأمر بالأول ويجعل الثاني أمرا مبتدأ ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها في غد لأن هذا أمر واحد لأنه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما إذا قال أمرك بيدك في يومين

من ثلث تطليقات ما شئت فلها اختيار واحدة أو ثنتين عند أبي حنيفة رح لا غير لأن من للتبعيض وعندهما تملك أن تطلق نفسها ثلثا لأنها للبيان وهي معروفة

فصل في الأمر باليد قدم التخيير لتأيده بإجماع الصحابة رضي الله عنهم والأمر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلث فإنها تصح ههنا لا في التخيير واعلم أن التفويض بلفظ أمرك بيدك لا يعلم فيه خلاف وصحته قياس واستحسان وكذا صحة التفويض بلفظ اختاري نفسك لأنه يملك تطليقها فله أن يملكه بكل لفظ يفهم التفويض لغة ولفظ اختاري نفسك يفيده فعلى هذا إنما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختاري لتأيده بإجماع الصحابة رضي الله عنهم نصا بخلافه بلفظ الأمر باليد فإنه وإن لم يعلم فيه خلاف أحد لم يقع به ذلك النقل صريحا وإنما افترق البابان في القياس والاستحسان في الإيقاع بلفظ الاختيار فإن إيقاعها به إنما يجوز استحسانا بإجماع الصحابة لا قياسا لأن الزوج لا يملك الإيقاع به فلا يملك بدا المملك إذ لا يكون المملك أوسع مما في ملك مملكه وهذا قياس وقع البابان فإن إيقاعها بلفظ اخترت نفسي تقع في جواب أمرك بيدك كما يصح في اختاري وأما الإيقاع بلفظ أمري بيدي ونحوه فلا يصح قياسا ولا استحسانا فلا تحوم حول الحمى وننزل النزول مخافة **قوله** وإن قال لها أمرك بيدك ينوي ثلثا أي ينوي التفويض في ثلث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد وههنا مقامان الوقوع وكونه ثلثا والوقوع مبني على صحته جوابا فأفاده بقوله لكونه أي الأمر باليد تمليكا كالتخيير فجوابه جوابه وهو منقوض بطلقي نفسك فإنه تمليك كالتخيير ولا يصح اخترت نفسي جوابا له حتى لا يقع به شيء إلا عند زفر رح وجواب شمس الأئمة بأن الاختيار أضعف من لفظ الطلاق وكذا لو قالت طلقت نفسي فأجازه جاز ولو قالت اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وإن أجازه ولا يملك هو الإيقاع به فصلح الأقوى جوابا للأضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ثم كون الأقوى يصلح جوابا للأضعف بلا عكس يحتاج إلى التوجيه ويمكن كونه لأن الجزاء العامل والتفويض شرط علة فلا يكون دونه بل فائقا أو مساويا وفرق قاضي خان في شرح الزيادات بأن قولها اخترت مبهم وقوله طلقي نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير في أحد الجانبين ثم أفاد الثاني بقوله والواحدة أي التي نطقت بها صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث وكان الظاهر أن يقول باختيارة واحدة لأنه جعلها وصفا لها لكنه قصد التنبيه على أن موجب وقوع الثلث لو صرحت بقولها باختيارة واحدة كون المراد بمرة واحدة فإن الاختيارة ليست إلا المرة من الاختيار وإذا كان اختيارها مرة واحدة انتفى الخيار بعده وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بأن يقع الثلث ويقال في العرف تركته بمرة واحدة وكرهته بمرة واحدة وأعرضت عنه بمرة واحدة وما يحكى من هذا الإيراد به إلا بلوغ ما قيد به من الترك مثلا والكراهة والإعراض منتهاه وأورد بعضهم أنه ينبغي أن يقع به طلقة واحدة لأن بواحدة تحتمل كونها صفة طلقة ولما جعل أمرها بيدها في التطليق فقولها اخترت نفسي بواحدة تحتمل كلا من إرادة الموصوف طلقة أو اختيارة فإذا لم تكن له نية تقع واحدة والجواب أن الاحتمالين لم يتساويا فإن خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو هنا لفظ اخترت في قولها اخترت نفسي بواحدة بخلاف ما إذا أجابت بطلقت نفسي واحدة حيث يقدر الطلقة وهو بخصوص العامل أيضا وبهذا وقع الفرق بين جوابها بطلقت نفسي واحدة حيث تقع واحدة بائنة فاخترت نفسي بواحدة حيث تقع ثلث وإنما كان التطليقة بائنة لأن التفويض إنما يكون في البائن لأنها به تملك أمرها وإنما تملكه بالبائن لا بالرجعي وإذا علم أن الأمر باليد مما يراد به الثلث فإذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعدما طلقت نفسها ثلثا في الجواب يحلف أنه ما أراد به الثلث **قوله** وقد حققناه من قبل أي في فصل الاختيار بقوله الاختيار لا يتنوع **قوله** ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد

وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع وجه الظاهر أنها إذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا إذا اختارت زوجها برد الأمر لأن المخير بين الشيئين لا يملك إلا اختيار أحدهما

لم يدخل فيه الليل الخ حاصله أن قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان في حكمين أحدهما أنها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الأمر من يدها فيه تملكه بعد الغد والثاني عدم ملكها في الليل وفي اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لا يملك طلاق نفسها غدا أي نهارا وتملكه ليلا والفرق مبني على أنه تمليك واحد في اليوم وغدا وتمليكان في اليوم وبعد غد وجعله زفر رحمه الله في الكل تمليكا واحدا لم يثبت الخيار بعد الغد إذا ردته اليوم قياسا على طلقي اليوم وبعد غد حيث لا يقع إلا طلاق واحد فكذا يكون هنا أمر واحد وعلى أمرك بيدك اليوم وغدا قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت فإذا وقع تقيد طالقا في جميع العمر فذكر بعد غد وعدمه سواء لا يقتضي طلاقا آخر أما الأمر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير أن عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهر في قصد تقييد الأمر المذكور بالأول وتقييد أمر آخر بالثاني وإلا لم تكن لهذه الطفرة معنى وإذا كان كذلك يصير لفظ اليوم مفردا غير مجموع إلى ما بعده في الحكم المذكور لأنه صار عطف جملة أي أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد فلو قال أمرك بيدك اليوم لا يدخل الليل بخلاف اليوم وغدا فإنه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع في التمليك الواحد فهو كقوله أمرك بيدك في يومين فتدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا على أن قياس ما روى ابن رستم من أنه إذا قال طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين بخلاف اليوم وغدا يمتنع قياسه والضابي طالق اليوم وبعد غد فيثبت فيه الحكم في الغد لأنها طالق فيه أيضا بخلاف أمرك بيدك اليوم وبعد غد فإن الاتفاق على أن لا خيار لها في الغد فلم يلحق به من كل وجه وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل في التمليك المضاف إلى اليوم وغدا لأنه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى أعني أنه قد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع **قوله وعن أبي حنيفة** في مسألة أمرك بيدك اليوم وغدا أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا رواه أبو يوسف عنه ووجهه أن المرأة لا تملك رد إيقاع الزوج لو تنجز فكذا لا تملك رد الأمر لأنه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالإيقاع منه وحاصله أن ردها لغو فالحال كما كان فلها أن تختار نفسها في الغد ومقتضى هذا أن لها أن تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه أيضا وصار كقيامها عن المجلس بعدما خيرها في اليوم وغد واشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الأمر من يدها وتحقيق وجه الظاهر أن ثبوت هذا الملك معنى شرعا بأحد الأمور من انقضاء مجلس العلم أو الخطاب بلا اختيار شيء أو بفعل ما يدل على الإعراض أو اختيارها زوجها فإذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الإيقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك وبضاف توقيت التمليك بهذه إلى الإجماع على خلاف القياس مع أن توقيته في الجملة ثابت شرعا كما في الإجارة والأوجه تشبيهه بالعارية لوجهين كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض والثاني أن توقيتها ليس بمدة معينة لأن انقضاء المجلس ليس مضبوط الكمية وقد يمتد يوما ويوما أو أكثر وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الإعراض بخلاف الإجارة وأما تقريره بأن المخير بين الأمرين إنما له اختيار أحدهما فكما أنها إذا اختارت نفسها ليس لها أن تختار زوجها فتعود إلى النكاح كذلك إذا اختارت زوجها ليس لها أن تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكتة التي هي مبنى جواز اختيارها نفسها أعني أن الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد إنما يرتد شاطر التمليك وقد قلنا أن هذا التمليك يثبت الملك بلا قبول وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور في رواية أبي يوسف رحمه الله على اختيارها زوجها ولا شك أنها لا تتعرض لما به الرد فيمكن حمل ردها على كونه يكون بلفظ الرد ونحوه بأن تقول عقيب الملك بتخييرها رددت التفويض أو لا أطلق ويكون هذا إعطاء لنفس الحكم ويكون هو مستندا فرع في الذخيرة حيث قال لو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبي يقع لازما فلا يمكنه ردها والمسألة مروية عن أصحابنا وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموردة في الأمر باليد

وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا على حدة بخلاف ما تقدم وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما ولم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه من قبل

حيث صرح في الرواية انه لا يرتد بالرد وفي الكتاب انه يرتد اعني قوله في قوله امرك بيدك اليوم وغدا وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها فان المراد برده اختيارها زوجها اليوم وحقيقته انتهاء ملكها وهناك المراد ان تقول رددت فلم يبق تدافع لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع في ذلك حيث نقلوا انه لا يرتد ونقلوا ان يرتد بالرد ووفقوا بانه يرتد بالرد عند التفويض والبعض فلا يرتد كما اذا اقر بمال الرجل فصدقه ثم رد اقراره لا يصح وحاصله انه كالابراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الاسقاط او التمليك اما الاسقاط فظاهر واما التمليك فقال تعالى وان تصدقوا خير لكم سمى الابراء تصدقا ومما وقع في هذا الباب من المناقضة ما ذكر في الفصول لو قال لامرأته امرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج الامر من يدها وقال في موضع آخر لا يخرج وان كان الطلاق بائنا ووفق بان الخروج فيما اذا كان منجزا وعدمه اذا كان معلقا مثل ان قال ان تزوجتك فامرك بيدك ثم طلقها بائنا ثم خالعها ثم تزوجها ثم وجد الشرط يصير الامر بيدها ولو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن المناقضة تصريحهم بصحة اضافته كما في المسئلة الآتية اذا قال لها امرك بيدك يوم يقدم فلان وسياق الكلام فيها **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران حتى لو اختارت زوجها اليوم لها ان تطلق نفسها غدا لانه يثبت لها في الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضي باختيارها الزوج قال السرخسي وهو صحيح لانه لما ذكر لكل وقت جزاء عرف انه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد والاصل استقلال كل كلام وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافا فلم يبق تخصيص ابي يوسف رحمه الله الا انه مخرج الفرع المذكور واعلم انه يتفرع على هذا عدم جواب ... نفسها ليلا فلا تنتقل عنه لانه اثبت لها في يوم مفرد ولا يدخل الليل والثابت في اليوم الذي يليه بامر آخر كقوله امرك بيدك اليوم حيث يمتد الى الغروب فقط بخلاف قوله امرك بيدك في اليوم انما يتقيد بالمجلس وهو على ما قدمناه من الاصل في انت طالق غدا وفي غد وفي جامع التمرتاشي امرك بيدك اليوم غدا بعد غد فهو امر واحد في ظاهر الرواية لانها اوقات مترادفة فصار كقوله امرك بيدك ابدا فيتد بردها مرة وعن ابي حنيفة رحمه الله ثلث امور لانها اوقات حقيقة **قوله** وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان صح ولها ان تطلق نفسها يوم يقدم وهذا ايضا مما يفارق به سائر التمليكات فانها لا تصح اضافتها والتعليق بخلاف هذا لانه انما هو تمليك فعل فلا يقتضي لوازم تمليكات الاعيان كما تقدم وقد يخرج على انه من معنى التعليق فان قيل يخالف ما في شرح الزيادات لقاضيخان لو قال امرك بيدك فطلقي نفسك ثلاثا للسنة او ثلاثا اذا جاء غد فقالت في المجلس اخترت نفسي طلقت ثلاثا للحال ولو قامت عن مجلسها قبل ان تقول شيئا بطل لان قوله فطلقي نفسك ثلاثا تفسير للامر والامر باليد يحتمل الثلث انما لا يحتمل التعليق والاضافة الى وقت السنة لان الامر باليد يقتضي المالكية والامر على هذا الوجه لا يفيد البينونة في الحال ولا تثبت المالكية ولهذا لو قال امرك بيدك ونوى السنة او التعليق لا يصح فاذا الحقه به تفسيرا يثبت ما لا يحتمله وهو الثلاث ولا يثبت ما لا يحتمله وهو السنة والتعليق فالجواب ان معنى هذا الاحتمال احتمال لفظ التخيير للتعليق لانه ليس من افراده ولا متعلقا به بعد ما ذكر ان قوله فطلقي نفسك ثلاثا للسنة واذا جاء غد تفسير لذلك التفويض فكان التعليق مرادا باللفظ ثم لو لم تعلم بقدومه حتى انقضى يوم قدومه ودخل الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لا على الوقت مطلقا وقد حققناه من قبل يعني في آخر فصل اضافة الطلاق وانما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقا لانه غير ممتد لما حققناه هناك من ان المعتبر امتداده وعدمه هو المضاف لانه المقصود **قوله** واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما ما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه اي في اول فصل الاختيار والذي ذكره هنا كان ... تمليك

ثم إذا كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر إليها لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لأن التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق وإذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الأمر من يدها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض إذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما إذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه أو يدل على الإعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كانت فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لأنه دليل الإقبال فإن القعود أجمع للرأي وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت لأن هذا انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضا كما إذا كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره أنها إذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر فكان إعراضا والأول هو الأصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله ولو قالت ادع أبي أستشيره أو شهودا أشهدهم فهي على خيارها لأن الاستشارة لتحري الصواب والإشهاد للتحرز عن الإنكار فلا يكون دليل الإعراض وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها

جوابا واستدل عليه هنا في المجلس ولم يستدل على أنه تمليك بقوله لأن المالك هو الذي يتصرف برأي نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي يتصرف لنفسه وإلا فالوكيل يتصرف برأي نفسه وكأنه تركه للعلم بأن التفويض إلى الأجنبي تمليك وهو لا يتصرف لنفسه ومع تحقق ما ذكر في ذلك ليندفع الوكيل في المشيئة إن شاء الله تعالى وقدمنا ما في قوله يستدعي جوابا في المجلس فالصواب إسناد الاقتصار على المجلس إلى إجماع الصحابة رضي الله عنهم حيث قالوا لها المجلس **قوله** ثم إن كانت تسمع أي تسمع لفظه بالتخيير اعتبر مجلسها ذلك أي مجلس سماعها وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها على ما ذكرناه لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق أما أنه تمليك فلما تقدم من أنها عاملة لنفسها وأما أن فيه معنى التعليق فلأن الإيقاع وإن كان من غير الزوج إلا أن الوقوع مضاف إلى معنى من قبل الزوج فكأنه قال إن طلقت نفسك فأنت طالق فيثبت للتفويض أحكام تترتب على جهة التمليك وأحكام على جهة التعليق والظاهر أن كلها يمكن ترتبها على التمليك فصحة التوقيت على أنه تمليك منفعة وقدمنا أن إلحاقها بالعارية أقرب ثم صحة التوقيت ما يوجب التوقف على ما وراء المجلس كأن يقول أمرك بيدك شهرا أو جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذي يتحقق في الحال وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته أول الأمر بناء عليه لأنه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ما ذكرنا أنه لا يحتاج إلى القبول وأما اقتصاره على المجلس في التفويض المطلق فتقدم قول المصنف أنه تمليك وهو يستدعي جوابا في المجلس وتقدم أن الجواب الذي يستدعيه التمليك في المجلس القبول وليس الكلام فيه بل امتداده في تمام المجلس أثر الملك وارتفاعه بعده ونفس اقتصاره عليه بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن قلت قد وقع في كلام بعضهم أن تطليقها نفسها قبول قلنا لا يتم إذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكه لها وأما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلا من التعليق والتمليك لأنه لو ثبت لزم إبطال القضاء والإمضاء فقد ظهر أن جميع الآثار يصح ترتبها على جهة الملك هنا ولا حاجة إلى اعتبار جهة التعليق وقولهم لأنه قال إذا طلقت نفسك فأنت طالق يمكن إجراؤه في الوكالة كأنه قال إذا بعت متاعي فقد أجزت بيعك والولاية كأن الإمام قال له إذا قضيت فقد أنفذت قضاءك كما قدمنا والاعتبارات التي لا أثر لها كثيرة دائرة الإمكان **قوله** وقوله أي قول محمد رحمه الله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كانت فيه فلو لبست من غير قيام أو أكلت قليلا أو شربت أو قرأت قليلا أو سبحت أو قالت ادعوا إلي أبي أستشيره أو الشهود وما أشبهه مما هو على الفرقة من غير أن تقوم في التفويض المطلق لم يبطل خيارها وما ذكر من هذا مثله في قوله اختاري وطلقي نفسك وأنت طالق إن شئت وكذا إذا قال لأجنبي أمر امرأتي بيدك فطلقها إذا شئت أو إن شئت أو أعتق عبدي إذا شئت بخلاف قوله بعه إن شئت لا يقتصر على المجلس لأن البيع لا يحتمل التعليق ولو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جامعها يبطل وذكر المرغيناني إن لم تجد من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم تنتقل قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الإعراض وقيل يبطل للتبدل ولا تعذر فيه كما لا تعذر فيما إذا أقيمت كرها وقيل إذا لم تنتقل لم يبطل وإن انتقلت ففيه روايتان ولو نامت قاعدة أو كانت تصلي المكتوبة أو الوتر فأتمتها أو النفل فأتمت ركعتين لا يبطل خيارها ولو قامت إلى الشفع الثاني بطل إلا في سنة الظهر عن محمد رحمه الله وهو الصحيح ولو قال أمرك بيدك فقالت لم لا تطلقني بلسانك فطلقت نفسها طلقت لأن قولها لم لا تطلقني ليس ردا فتملك بعده الطلاق قيل فيه نظر لأن قولها لم إلى آخره كلام زائد فيتبدل به المجلس وفيه نظر لأن الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الأول وإفاضة في غيره وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق **قوله** والأول أصح أي ما ذكره في الجامع الصغير أصح مما ذكر في غيره وهو الأصل لأن من جزئه

وإن سارت بطل خيارها لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها والسفينة بمنزلة البيت لأن سيرها غير مضاف إلى راكبها ألا ترى أنه لا يقدر على إيقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وإن طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لأن قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق وهو اسم جنس فيقع على الأدنى مع احتمال الكل كسائر أسماء الأجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف إلى الواحد عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لأن المفوض إليها صريح الطلاق وهو رجعي ولو نوى الثنتين لا يصح لأنه نية العدد إلا إذا كانت المنكوحة أمة لأنه جنس في حقها وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو قال أبنتك ينوي به الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد أجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الأصل إلا أنها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الإبانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل كما إذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي أن تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو قال لامرأته اخترتك أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج أجزت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقا بالإجماع إذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يقع شيء بقولها أبنت نفسي لأنها أتت بغير ما فوض إليها إذ الإبانة تغاير الطلاق وإن قال طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه لأن فيه معنى اليمين لأنه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لأنه تمليك بخلاف ما إذا قال لها طلقي ضرتك لأنه توكيل وإنابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

أمر قد يستبد لأجل التذكر لأن الاستناد والاتكاء سبب للراحة كالقعود في حق القائم ولأنه نوع جلسة فلا يتغير به الثابت للجالس **قوله** وإن سارت بطل قيل لو اختارت نفسها مع سكوته والدابة تسير طلقت لأنها لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلا يتبدل حكما وهذا لأن اتحاد المجلس إنما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد إذا كان من غير فصل ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة أو المحمل أو لا ولو كانت راكبة فنزلت فتحولت إلى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت بطل خيارها وفي المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره في الغاية لأنه والحالة هذه كالسفينة **قوله** والسفينة كالبيت لأن سيرها غير مضاف إلى راكبها بل إلى غيره من الريح ودفع الماء فيما له جرية كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل بتبدل المجلس وعن أبي يوسف رحمه الله أن السفينة إذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها

فصل في المشيئة

قوله ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وإن طلقت نفسها ثلثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها سواء أوقعها بلفظ واحد أو متفرقا وإنما صح إرادة الثلث لأن قوله طلقي نفسك معناه افعلي فعل التطليق فهو مذكور لغة لأنه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم غير أن العموم في حق الأمة ثنتان وفي حق الحرة ثلث وقد تقدم **قوله** وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت أي رجعيا ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق وحاصل الفرق بين صحة الجواب بأبنت وعدمه باخترت أن المفوض الطلاق والإبانة من ألفاظه التي تستعمل في إيقاعه كناية فقد أجابت بما فوض إليها بخلاف الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق لا صريحا ولا كناية ولهذا لو قالت ابتداء أبنت نفسي توقف على إجازته ولو قالت اخترت نفسي فهو باطل ولا تلحقه إجازة وإنما صار كناية بإجماع الصحابة فيما إذا حصل جوابا للتخيير غير أنها زادت وصفا تعجل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الأصل فإن قيل قد صح جوابا للأمر باليد قلنا نقول الأمر باليد هو التخيير معنى فيثبت جوابا له بدلالة نص إجماعهم على التخيير إلا أن قوله أمرك بيدك ليس معناه إلا أنك مخيرة في أمرك الذي هو الطلاق بين إيقاعه وعدمه فحيث جعل جوابا للتخيير بلفظ التخيير كان جوابا للتخيير حيث جعل مراد كان جوابا لما هو فيه للعلم بأن خصوص اللفظ ملغى بخلاف طلقي لأنه وصف طلب الطلاق لا التخيير بينه وبين عدمه ثم إذا أجابت باخترت نفسي هل يخرج الأمر من يدها بالاشتغال بما لا يعنيها في ذلك الأمر وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يقع بجوابها بأبنت نفسي لأنها أتت بغير ما فوض إليها لأن الإبانة تغاير الطلاق لحصول كل منهما دون الآخر ويخرج الأمر من يدها كما يخرج بقولها اخترت وصار كما لو قال طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة أو قال ثنتين فطلقت ألفا لا يقع شيء والجواب هنا مخالفة فيهما في الأصل في الأولى ظاهر وكذا في الثانية لأن الإيقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون خلافا معتبرا بخلاف ما نحن فيه لأنها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الأصل فلا يعد خلافا إذ الوصف تابع واعلم أن المسئلتين ذكرهما التمرتاشي والخلاف فيهما في الأصل إنما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غير إذ لو وقعت على الموافقة أعني الثلث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والألف والخلاف في مسئلة الكتاب باعتبار المعنى فإن الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى فلا ينظر إلا إلى الأصل في الإيقاع والخلاف في المعنى غير خلاف وفيه ما لا يخفى **قوله** ولو قال لها طلقي نفسك ليس له أن يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لأنه تمليك الطلاق بخلاف قوله طلقي ضرتك لأنه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع وكذا قوله لأجنبي طلقها أو قول أجنبي له طلق فلانة لأنها عاملة فيه لغيرها وكذا المديون في إبراء ذمته بقول الدائن له أبرئ ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على ما قدمنا والتوكيل استعانة فلو لزم فلم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض وقدمنا عدم ظهور الفرق بين طلقي وأبرئ ذمتك إذ كل ما يمكن اعتباره في أحدهما يمكن في الآخر وإن عدم الرجوع أيضا يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على أنه يثبت بلا توقف على القبول شرعا على ما صرح به في الذخيرة وأنه لا حاجة إلى ترتيبه على معنى التعليق المتضمن

وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده لأن كلمة متى عامة في الأوقات كلها فصار كما إذا قال في أي وقت شئت وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده وله أن يرجع لأنه توكيل وإنه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والأول سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لأنه لا يحتمله ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة لأنها ملكت إيقاع الثلث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا ولأبي حنيفة رحمه الله أنها أتت بغير ما فوض إليها فكانت مبتدئة وهذا لأن الزوج ملكها الواحدة والثنتين غير الواحدة لأن الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لأنه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسألة الأولى لأنها ملكت الثلث أما ههنا لم تملك الثلث وما أتت بما فوض إليها فلغا

لا يكون في ضمنه الوكالات والولايات فلو صح لزم أن لا يصح الرجوع عن التوكيل والولاية وأما الاقتصار على المجلس فبالإجماع على خلاف القياس قوله وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده وكذا إذا شئت وإذا ما شئت لما ذكرنا من العموم ويرد على قول أبي حنيفة في إذا أنها عنده بمنزلة إن فلا تقتضي بقاء الأمر في يدها وجوابه جواب المصنف بأنها يمكن أن تجعل شرطا وأن تجعل ظرفا والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك وصار كما إذا قال في أي وقت شئت ولها أنها تملك ما ملكت إنما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها وبعد تبين أن هذه إضافة للتمليك لا تنجيز ومن فروع ذلك أنها لو طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع إذا ذكر المشيئة ويقع إذا لم يذكرها وقد قدمنا في أول باب إيقاع الطلاق أنه يوجب حمل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى قوله وإذا قال الرجل طلق امرأتي فلان أن يطلقها في المجلس وبعده وله أي للقائل أن يرجع لأن هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم وله أن يرجع فلا يقتصر وللوكيل أن يفعله بعد المجلس بخلاف قوله لها طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر هذا والأول وهو قوله للرجل طلق امرأتي بلا ذكر مشيئة سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه وكيلا كان أو مالكا يتصرف عن مشيئته فصار كما إذا قال له بع عبدي هذا إن شئت لا يقتصر وله الرجوع أجيب بأن ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجبر بل في أنه إذا أثبت له المشيئة لفظا صار موجب اللفظ التمليك لا التوكيل لأن تصرف الوكيل لغيره إنما هو عن مشيئة ذلك الغير وإن كان امتثاله بمشيئة نفسه بخلاف المالك فإنه المتصرف بمشيئة نفسه ابتداء بغير معتبر ذلك امتثالا فإذا صرح المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك بخلاف البيع لأنه لا يحتمل التعليق فيلغو وصف التمليك ويبقى الإذن والتصرف لمقتضى مجرد الإذن لا يقتصر على المجلس قيل فيه إشكال لأن البيع فيه ليس بمعلق بالمشيئة بل المعلق فيه الوكالة بالبيع وهي تقبل التعليق وكأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا فاسد لظهور بادي تأمل وذلك لأن التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس قوله معلقا بالمشيئة غير جائز وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق الوكيل أو عدم القبول أو الرد والأولى ما تم من المصنف إناطة وصف التمليك مرة بأنه يعمل برأي نفسه بخلاف الوكيل ومرة بأنه عامل لنفسه بخلافه ومرة بأن يعمل بمشيئة نفسه وليس الرأي والمشيئة والعمل لنفسه واحدا فإن العمل بالرأي العمل بما يراه أصوب من غير أن يؤخذ في مفهومه كونه لنفسه أو لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته أي باختياره ابتداء بلا اعتباره على مطابقة أمر آمر من غير اعتبار معنى الأصوبية في متعلقها بل هي والإرادة تخصيص الشيء بوقت وجوده والأول مقتضاه الوكالة وهو منتقض بأن العامل برأيه هو الذي لا يغلبه على رأيه ما يفيده في فعل أو ترك والوكيل وإن كان بوكالة عامة مطلقة مما يغلبه في جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل إن لم يفعل فإنه إذا وكله فرضي كان واعدا الفعل بالاستعانة به فإذا لم يفعل أخلف الوعد بخلاف الزوجة فإنها لا تعد مخالفة بترك الطلاق إذا لم يقسم عليها قاسم شرعي فظهر أن الوكيل ليس عاملا برأي نفسه مطلقا والثاني بأمر المديون بإبراء نفسه وقدمنا ما في جوابه من النظر ولو تم انتقض بالتفويض إلى الأجنبي فإنه قطعا ليس بتطليق زوجة غيره عاملا لنفسه والثالث أقرب والله أعلم فالمعول عليه قوله وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة لأنها لما ملكت إيقاع الثلث كان لها أن توقع منها ما شاءت كالزوج نفسه ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة وقالا تقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا وكذا لو قالت طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة في هذه المسألة

وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت
نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثانية ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة
رجعية تقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع
بالصفة التي عينها الزوج بائنا او رجعيا وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال لها
طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة رح لان مشيئة الثلث ليست بمشيئة للواحدة كايقاعها وقالا تقع واحدة لان مشيئة الثلث مشيئة للواحدة
كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة
فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل
في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشية تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود وكذا
اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان المأتي به مشية معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر

وابنت نفسي في جواب طلقي نفسك وطلقت نفسي صرتي وقول العبد في جواب اعتق نفسك اعتقت نفسي فانا حيث يقع ثلث في الاولى
ورجعي في الثانية والثالثة وتطلق هي ويعتق هو دون من قرأه ولابي حنيفة رح انها اتت بغير ما فوض اليها مبتدأة فيتوقف على اجازة الزوج وبهذا
يخرج الجواب عما بعد الاولى من الصور لامتثالها بما ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر وجهها في ابنت نفسي ان معناه وطلقت نفسي بائنا والباقي لغو
وقوله بخلاف الزوج جواب عن الاولى اي الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث وكذا اذا صرح بها الثلاث في نفسه فيثبت القدر الذي يملكه ويلغو ما سواه كذا في
المسئلة الاولى وهي قوله لها طلقي نفسك ثلثا ملكتها بجميع اجزائها اما هنا فلم يملك الثلاث لانه انما ملكها الواحدة فلما اتت بما فوض اليها فلم يصح باعتبار ما
مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الامر لعدم الموافقة وحقيقة الفرق انها ملكت الواحدة وهو شيء يفيد الواحدة بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلاث فانها تفيد
ضده وهذا معنى قوله الثلث اسم لعدد مركب مجتمع الوحدان والواحد لا تركيب فيه فكان بينهما تضاد بخلاف الزوج وبخلافها في المسئلة الاولى لانها تملك
الثلث اما هنا فلم تملك الثلاث لما ذكرنا وهذا التقرير لا يستعقب ايرادا وقع في لفظ المصنف قوله والثلاث غير الواحدة يعني فلم تمكن بايقاعها مبتدأ فقد
لما ملكها فاعترض بان مذهب اهل السنة ان الجزء من العشرة ليس عينها ولا غيرها واجيب بان ذلك في الامور الموجودة بخلاف نحو الطلاق وانت
تعلم ان هذا مجرد اصطلاح للمتكلمين كما ان اصطلاح الفلاسفة ان ما ليس عينا فهو غير ولو فرض عدم وضع الاصطلاح اصلا بل عدم وضع لفظ
غير لغة لم يتوقف اثبات المطلوب عليه اذ يكفي فيه ان يقال فوض اليها الواحدة وليست الثلاث اياها فلا تكون مفوضة اليها فما به اوقعته الزم يحرر والا فطال
وغاية ما يلزم بعد التزامه ان المصنف عبر عما ليس اياه بلفظ غيره مجازا **قوله** ولو امرها بالطلاق يملك رجعتها فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت
رجعيا وقع ما امر به ومعنى الاول ان يقول طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة تقع رجعية لانها اتت بالاصل
وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة
لان قولها رجعية لغو لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها في الصورتين فحاجتها بعد ذلك الى الاصل الايقاع لا الى ذكر وصفه فذكرها اياه موافقا او مخالف
لا عبرة به لان الموقع بايقاعها ليس الا بناء على التفويض فذكرها كسكوتها عنه وعند سكوتها يقع على الوصف المفوض وحاصل هذا كله ان المخالفة ان كانت
في الوصف لا يبطل الجواب بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوض به بخلاف ما اذا كانت في الاصل حيث يبطل كما اذا فوض
واحدة فطلقت ثلثا على قول ابي حنيفة رح او فوض ثلاثا فطلقت الفا وتقدم تخريج ابنت على مخالفة الوصف في قوله طلقي نفسك **قوله** ولو قال لها طلقي
نفسك ثلثا الخ تقدم انه اذا قال طلقي نفسك ثلثا تملك ان تطلق نفسها واحدة وثنتين وثلثا فلو انه زاد قوله ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء
لان معناه ان شئت الثلاث فكان تفويض الثلث معلقا بشرط هو مشيتها اياها ولم يوجد الشرط لانها لم تشأ الا واحدة وتقدم انه لو قال لها طلقي
نفسك واحدة فطلقت ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رح وتقع واحدة عندهما فلو زاد قوله ان شئت فالخلاف على ما هو عليه فابو حنيفة رح يقول مشية
الثلث ليست مشية الواحدة فلم يوجد الشرط وهما يقولان مشية الثلث مشية الواحدة كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة وقد سبق الكلام في تحقيق ذلك
قوله ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة منها وهي اتت
بالمعلقة فما وجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى لانه ليس من كلام الرجل ذكر الطلاق ولا في
كلامها لانها لم تقل شئت طلاقي ان شئت ليكون الزوج بقوله شئت شائيا طلاقها لفظا بل بمجرد النية والنية لا تعمل في غير المذكور الصالح للايقاع به

وإن قالت قد شئت إن كان كذا لأمر قد مضى طلقت لأن التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها أنت طالق إذا شئت أو إذا ما
أو متى شئت أو متى ما شئت فردت الأمر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس أما كلمة متى ومتى ما فلأنهما للوقت وهي عامة في الأوقات كلها
كأنه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالإجماع ولو ردت الأمر لم يكن ردا لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت
فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها إلا واحدة لأنها تعم الأزمان دون الأفعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق

نحو شئت حتى لو قال كان شئت طلاقك ينويه وقع لأن المشيئة تنبئ عن الوجود لأنها من الشيء وهو الموجود بخلاف ما لو قال أردت طلاقك لأنه لا ينبئ
عن الوجود بل هي طلب لنفس الوجود عن ميل وغاية الأمر أن المشيئة والإرادة في صفة العباد متحدان وفي صفة الله سبحانه مترادفان كما هو اللغة فيهما
مطلقا فلا يدخلها وجود أي يكون الوجود جزء مفهوم أحدهما غير أن ما شاء الله كان وكذا الإرادة لأن تخلف المراد إنما يكون لعجز المريد لا بذات
الإرادة لأنها ليست المؤثرة للوجود لأن ذلك خاصية القدرة بل بمعنى أنها المخصصة للمقدور والمعلوم موجودة بالوقت والكيفية ثم القدرة
تؤثر على وفق الإرادة غير أنه لا يتخلف شيء عن مراده تعالى لما قلنا في المشيئة بخلاف العباد وعن هذا لو قال أراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال
شاء الله بخلاف أحب الله طلاقك ورضيه لا يقع لأنهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود ولو قيل التخصيص بالوقت بالإرادة يكون عن طلبه ليستلزم
عدم الفرق بين صفة الإرادة والكلام نعم فرق بين الطلبين أنه في الكلام طلب تكليف وهذا بخلافه ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامي تكليفا
دائما كما في الطلب المعبر عنه بكره ولو أجيب بأن ذلك الطلب خارج عنها لزم كونهما من صفات الأفعال إذ قد ظهر الفرق بين الإرادتين لا يكون
فرق أبي حنيفة رحمه الله بين المشيئة والإرادة في حق العباد رواية عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى وسيبقى الشأن في كون المشيئة تنبئ
عن الوجود في حق العباد للاشتقاق عن الشيء وهو الوجود وفيه نظر فإن الشيء وإن وقع على غير الأعيان إلا أن كونه في مفهومه
الوجود اصطلاح طارئ على اللغة فإنه لغة يقال للمعدوم والموجود وكون الإرادة نسبت إلى ما لا يعقل بخلاف المشيئة كما ذكر شمس الأئمة
لا أثر له إلا لو لم يكن مجازا عقليا أو مجازا لغويا في لفظ الإرادة على أنه سمع نسبة المشيئة أيضا إلى ذلك أنشد أبو السكيت في إصلاح المنطق
يا مرحباه بحمار عفراء إذا أتى قربته لما شاء من الشعير والحشيش والماء وهو من شواهد قصر الممدود والتوجيه أن يعتبر العرف فيه لأن يكون المفهوم
العام من أنه الشيء الموجود والمشيئة منه بأن يراد به بعض ما يصدق عليه وهو الشيء الكائن مصدر الشاء فإنه يقال شاء شيئا على إرادة الحاصل
بالمصدر ثم يشتق منه ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لا موجبه احتاج إلى النية فلزم الوجود فيها فإذا قال شئت كذا في التخاطب العرفي
فمعناه أوجدته عن اختيار بخلاف أردت كذا مجردا لا يفيد عرفا إلا عدم الوجود وأحببت طلاقك ورضيته مثل أردته ولو قال شائي طلاقك
ناويا للطلاق فقال شئت وقع ولو قال أريديه أو أهويه أو أحبيه أو ارضيه ينوي الطلاق فقالت أردت أحببته أردته هويته رضيته
لا يقع بخلاف ما لو قال إن أردت أو أحببت إلى آخرها فإنه يقع وإن لم ينو لأنه تعليق لا يفتقر إلى النية وهو كقوله إن كنت تحبيني تعلق
بإخبارها فإنه يقع ولم ينو فإذا أخبرت فتح **قوله** وإن قالت قد شئت إن كان كذا لأمر قد مضى كشئت إن كان فلان قد جاء وقد جاء أو لأمر كائن كشئت إن كان أبي
في الدار وهو فيها طلقت لأن التعليق بأمر كائن تنجيز قيل يلزم عليه أنه لو قال هو كافر إن كنت فعلت كذا وهو يعلم أنه قد فعله أن يكفر وهو منتف
أجيب بأن من المشايخ من قال بكفره فاللازم حق وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروي عن أبي يوسف يفرق بأن هذه الألفاظ جعلت كناية
عن اليمين بالله تعالى إذا جعل تعليق كفره بأمر في المستقبل فكذا إذا جعله بماض تحاميا عن تكفير المسلم والأوجه أن الكفر بتبدل الاعتقاد وتبدله غير
واقع مع ذلك الفعل فإن قيل لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب أن يكفر فليكفر هنا بلفظ هو كافر وإن لم يتبدل اعتقاده قلنا النازل
عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود اللفظ متكلما بقوله هو كافر حقيقة **قوله** ولو قال أنت طالق إذا شئت أو إذا ما شئت
أو متى شئت أو متى ما شئت فردت بأن قالت لا أشاء لا يكون ردا ولها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس أما كلمة متى فإنها لعموم الأوقات

وإذا وإذا ما في معنى متى سواء عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله إن كان يستعمل للوقت لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا لأن كلمة كلما توجب تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر وطلقت نفسها لم يقع شيء لأنه ملك مستحدث وليس لها أن تطلق نفسها ثلثا في كلمة واحدة لأنها توجب عموم الأفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملة وجمعا ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها لأن كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لأن له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان

كأنه قال في أي وقت شئت وإنما لم يرتد بالرد لأنه لم يملكها في الحال شيئا بل أضافه إلى وقت مشيتها فلا يكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد وقد يقال ليس هذا تمليكا في الحال إلا أنه صريح بطلاقها مضافا إلى مشيتها فإذا وجدت مشيتها وقع بنفسه والتمليك إنما هو في طلقي نفسك أو إن شئت فإنما يتصرف بحكم الملك بخلاف الوكالة طلقت نفسها في هذه المسألة فإنه وإن وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها طلقت إيجاد الشرط الذي هو مشيئة الطلاق على تقدير أن المشيئة تقارن الإيجاد ثم لا تملك تطليق نفسها إلا مرة واحدة لأنها تعم الأزمان لا الأفعال بخلاف كلما قوله وإذا وإذا ما مثل متى عندهما لأنهما يستعملان للوقت كما في متى فيكون حكمها حكمها وعند أبي حنيفة رحمه الله كذلك إذا استعمل للشرط المجرد عن معنى الزمان لما تقدم لكنه يستعمل للوقت أيضا مجردا عن معنى الشرط ومقرونا به وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك ففي قوله أنت طالق إذا لم أطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق إلا بيقين وهو بأن يراد به الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق إلا بالموت وفي أنت طالق إذا شئت صار الأمر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس إلا بيقين وهو أن يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها نعم لو صرح فقال أردت مجرد الشرط لنا أن نقول يتقيد بالمجلس كما إذا قال أنت طالق إن شئت فإنه يتقيد بالمجلس ويحلف لنفي التهمة على نحو ما تقدم أنه إياه أراد وقوله وقد مر يعني في فصل إضافة الطلاق هذا الوجه في تقريره غير هذا وهو أن قوله إذا شئت يحتمل أنه تعليق طلاقها بالشرط هو مشيتها أو أنه إضافة إلى زمانه وعلى كل من التقديرين لا يرتد بالرد حتى إذا تحققت مشيتها بعد ذلك بأن قالت شئت ذلك الطلاق أو قالت طلقت نفسي وقع معلقا كان أو مضافا إلا أن قال المصنف من أن الأمر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لأن معناه أنه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج بالشك في المراد بإذا أنه محض الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج كمتى وقد صرح آنفا في متى بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة لأنه إنما ملكها في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تمليكا قبله حتى يرتد بالرد وعلى ما ذكرنا فالذي دخل في ملكها تحقيق الشرط أو المضاف إليه الزمان وهو مشيتها الطلاق ليقع طلاقه وعلى هذا فقولهم في قوله أنت طالق كلما شئت لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه تطلق لمباشرة الشرط تجوزا بالتطليق عنه بأن تقول شئت طلاقي أو طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط وإنما يصح كلامهم في قوله طلقي نفسك كلما شئت قوله إلا أن التعليق الخ جواب عن مقدر هو أن موجب كلما تكرار الأفعال أبدا ومقتضاه إذا طلقت نفسها ثلثا وعادت إليه بعد زوج أن تملك طلاقها أيضا وليس لها ذلك أجاب بأنها وإن كانت كذلك لكن التفويض إنما ينصرف إلى الملك القائم لا إلى عدم الملك الذي هو معنى الملك المعدوم فلو انصرف إليه انصرف إلى عدم الملك فإذا فرض أن المملوك قدر معين لزم أن باستغراقه تكرارا انتهى التفويض وذلك القدر هو الثلث فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها فتزوجت بآخر وعادت إلى الأول ملكت ثلث تطليقات أيضا خلافا لمحمد رحمه الله فإن عنده إنما تملك ثنتين لما عرف في مسألة الهدم قوله وليس لها أن تطلق نفسها ثلثا بالاتفاق لأنها لعموم الانفراد لا لعموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جمعا وعلى هذا لا تطلق نفسها ثنتين فلو طلقت ثلثا أو ثنتين وقع عندهما واحدة وعنده لا يقع شيء بناء على ما تقدم من أن إيقاع الثلث إيقاع الواحدة عندهما خلافا له قوله ولو قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء وتتقيد بالمجلس لو قامت منه قبل المشيئة فلا مشيئة لها لأن كلمة حيث وأين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس أورد عليه أنه إذا لغى المكان صار أنت طالق شئت فيه يقع للحال كقوله أنت طالق دخلت الدار أجيب بأنه يجعل الظرف مجازا عن الشرط لأن كلا منهما يفيد ضربا من التأخير وهو خير من الإلغاء بالكلية فأورد عليه فلم يبطل بالقيام وفي أداته ما لا يبطل كمتى وإذا أجيب بأن

في جميع الاحوال حتى لو ادعته فعفا او عجز بادان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة معناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغى تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير قال رضي الله عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة ره وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها لتكون لها المشية في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة ره ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال

الحمل على ان الاولى لا بهام الجواب وصرف الشرط وفيه يبطل بالقيام واعترض في بعض شروح المنار بانه لما جعل مجازا عن الشرط فالشرط الذي فيه معنى الحقيقة اعني النفي فان اراد بمعنى الحقيقي الزمان لكمتى حتى لا يخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى حيث بمعنى بل منهاها المكان وان اراد معنى الظرفية مطلقا فليس منهاها اصلا بل اسم الظرف فباصطلاح مبني على تشبيه المكان والزمان بالاوعية لاشتمالها على الظرف من تقولهم فوجب اعتباره عموما كما انت طالق في اي وقت شئت وخصوصا في انت طالق غدا **قوله** واذا قال لها انت طالق كيف شئت طلقت ان كانت غير مدخول بها طلقة بائنة وخرج الامر من يدها لعدم المحل فلا تملك بعد ذلك شيئا وان كانت مدخولا بها طلقت طلقة رجعية وقوله فان قالت قد شئت ذلك فتبارك وانا فان كانت شئت بائنة او ثلثا وقد نوى الزوج ذلك يجب كذلك المطابقة وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلثا او على القلب فهي رجعية لانه لغت مشيتها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج بالصريح ونية الثلث في جعل البائن لا تعمل ولو لم يحضر الزوج نية لم تذكر في الاصل ويجب ان يعتبر مشيتها حتى لو شاءت ثلثا او بائنا ما لم ينو الزوج يقع بائن وقعت لانها تصرفت بطريق التفويض والتخيير فاعتبر بالعرف في الاصالة واما قيام نفسه في ثبات الوصف لان كيف للحال والزوج لو اوقع رجعيا يملك جعله بائنا او ثلثا عند ابي حنيفة خلافا لمحمد المرأة حتى بهذا التفويض يمكن جعل ذلك الا انه يملك ايقاع البائن الثابت لانه تفويض اصل الطلاق لها على اي وصف شاءت بحكمه في الكافي وذكر في الذخيرة فلو ابي ذلك قبل مشيتها هل على قول ابي حنيفة وعندهما ما لم تشأ لم يقع شيء وعلى هذا الخلاف انت حر كيف شئت فيقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة والاصل ان اصل الطلاق لا يتعلق بمشيتها عنده بل صفته وعندهما يتعلقان بمشيتها وما قيل ان العتق لا كيفية له ليس بصحيح اذ لو كان العتق على مال وتدبيرا وكتابة كانت ثابتة باسم التدبير ولا طلاق وهو لم كيفية زائدة على الاصل فيفوض ذلك بل كيفية زائدة على كل مسمى كونه مال المستحق ان في الانجاز على رجاء التدبير فيه مثال فيما يأتي من الزمان **قوله** فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها اذ لو لم يتعلق كان مشيتها في الوقوع وضاع موضوعا اليه ضرورة تقدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف بغير مشيتها فكان كل وصف تشاؤه بعد ذلك والموافقة بقول حقيقة فقد لزم تخيير الاصل الطلاق عاجلا صفته على مشيتها من ضرورة اثبات اصلها بوصف الرجعية فكان في خصوص كلامه هذا مخصصا لبعض الاوصاف من عمومها بقي اي الامرين اولى التخصيص العام الذي هو حقيقة اللفظ التي هي تخيير اصل الطلاق واعتبار اصله معا فيما الكيفية فقط على حقيقة العموم والنظر في ترجيح الاول لان تخصيص العام اولى من اعتبار التجوز فيها لانه لا يكاد يثبت والراجح هو في الكافي من ان تقديره قولهما يبطل الاستيصاف والكلام يحتمل التخصيص دون التعطيل فانما يتم لو كان كيف في التركيب للاستيصاف والحق ان معنى الاستخبار هنا غير مراد لان التركيب كيف شئت مجاز عن كل كيفية شئتها كما في قوله تعالى افلا ينظرون الى الابل كيف خلقت اي ينظرون الى كيفية خلقها فان قلت فلم لم يعتبر كيف شرطا جوابا استعمالها فيه فرجح قولهما لان فيه تعليق اصل الطلاق في حقيقة اللفظ قلت الجواب لا يجوز لان شرط شرطيتها اتفاق فعل الشرط والجزاء لفظا ومعنى نحو كيف تصنع اصنع ولا تجاوز في توجيه قولهما الا في التحسين فالله اعلم سواء بناه على امتناع قيام العرض بالعرض فليس احدهما قائما بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق ليس موجودا بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته سواء في الاصلية والفرعية فاذا التعلق احدهما بمشيتها تعلق الآخر في اصله وكيف يمنع ذلك عدم الفرق بين تعلق الاصل بالذكر بل هو ضعيف اذ المبني ليس الا التلازم فاذا ثبت لاحدهما ثبت للآخر ولا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض في ذلك فالتقرير الاول اولى

قوله واذا قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت واحدة او ثنتين او ثلثا ويتعلق اصل الطلاق بمشيتها بالاتفاق بخلاف كيف شئت

وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة او ثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت

كيف شئت على قوله وهذا لان كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس الا العدد واذا ذكر فصار التفويض في نفس الواقع فلا يقع شئ ما لم تشاء والقياس ان لا يباح لها ان تطلق نفسها ثلثا الا باباحة للزوج لكن روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يباح لها في حق التخيير ووجهه ما ذكر في الفوائد الظهيرية في المسئلة الآتية قال لو طلقت نفسها ثلثا على قولهما او ثنتين على قول ابي حنيفة رح لا يكره لانها مضطرة الى ذلك لانها او فرقت خرج الامر من يدها بخلاف ما لو اوقع الزوج ذلك وعلى هذا فما في اصل رواية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلثا ما لم تقم من مجلسها ما لا يحتاج الى حمله على مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما ذكر لهم من اطلاق العدد وارادته في ما شئت فيعم العدد فتقريره تقريره واورد عليه ان كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو ما دام فوقع الشك في تفويض العدد فلا يثبت اجيب بانه معارض بالمثل بان يقال لو اعملنا ما بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس ولو اعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيما وراء المجلس فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا وترجح اعتبارها للعدد وبان التفويض تمليك مقتصر على المجلس ما لم يكن موقتا وانما يكون لو كانت بمعنى العدد ولانه المتبادر من ذلك بخلاف الزمان فانه انما يتبادر حالة وصلها بدام ثم ان اردت الامر بان قالت لا اطلق كان ردا لان هذا امر واحد بخلاف كلما وقوله خطاب في الحال احتراز عن اذا ومتى يعني هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل فاقتضى جوابا في الحال **قوله** وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق واحدة وثنتين بالاتفاق واختلفوا في الثلث فلا تطلق عند ابي حنيفة رح ثلثا وبه قال الشافعي واحمد رح وتطلق عندهما ان شاءت لان كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من تستعمل للتمييز اي للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وغيره صلة ليغفر لكم من ذنوبكم وتبعيضا نحو اكلت من الرغيف فيحمل على تمييز الجنس محافظة على عموم ما الا بيان الجنس بخلاف ما لو حملت على التبعيض يعني فيكون بيان المراد الثلث من الطلاق دون سائر الاعداد منه وان كان لا يتصور في الطلاق عددا الا الثلث فذاك شرعا اما في الامكان فيمكن ان تطلق عشرين ومائة وغيرهما وان كان حكمه في الشرع المنع فالمعنى طلقي نفسك العدد الذي هو الثلث دون سائر الاعداد وعلى قولهما يكون التفويض في الثلث خاصة فصحت تطليقها واحدة باعتبار ملكها ما دخلت فيه كما تقدم في طلقي نفسك ثلثا كما لو قال كل من طعامي ما شئت له اكل الكل وطلق من نسائي ما شاءت فشاءت كلهن له ان يطلقهن بخلاف ما اذا حملناها على التبعيض فانه يبطل عموم ما ولابي حنيفة رح ان كلمة من حقيقة في التبعيض اذا دخل على ذي ابعاض والطلاق منه وما للتعميم فيعمل بهما من في معناها في مثله بما في عموم مخصوص ضرورة اعمال من في معناها في مثله بخلاف حمل من على البيان فان ضابطه صحة وضع الذي مكانها ووصلها بمدخولها مع ضمير منفصل مثاله فاجتنبوا الرجس من الاوثان الرجس الذي هو الاوثان ولا يحسن هنا طلقي نفسك ما شئت الذي هو الثلث فان ما موصولة معرفة فلا بد من كونه موصوفة معرفة وهو هنا العدد فالحال الى طلقي نفسك العدد الذي شئته الذي هو الثلث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذي شاءت او تشاؤه وانه هو الثلث فيكون التفويض ابتداء انما هو في الثلث وانما تملك ان تطلق نفسها واحدة لانه جزء ما ملكته بالتفويض كقوله طلقي نفسك ثلثا لها ان تطلق واحدة وليس المعنى على هذا بخلاف التبعيض حيث لا يستلزم نبوة اذ المعنى طلقي نفسك عددا شئته على ان ما نكرة موصوفة بالجملة والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد في العدد مزيل من ابهامه **فروع** قال انت طالق ثلثا الا ان تشائي واحدة فشاءت واحدة طلقت واحدة وقال محمد رح لا يقع شئ لان معناه ان لم تشائي واحدة فانت طالق ثلثا فاذا شاءت واحدة لا يقع شئ ولابي يوسف رح انه اثبت لها مشيئة الواحدة فاذا شاءتها تقع ولو قال طلقها ان شاء الله وشئت وانت طالق ان شاء الله وفلان او ما شاء الله وفلان لا يقع بالمشيئة شئ من فلان

ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهد به ترك التبعيض لدلالة
اظهار السماحة او لعموم الصفة وهي المشيئة حتى لو قال من شئت كان على الخلاف

لانه علق على باطل فيبطل ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها اذا او متى شئت لان حين للوقت ولو قال ان شئت فانت طالق اذا شئت
او متى شئت فلها مشيتان مشية في الحال ومشية في عموم الاحوال لانه علق بمشيتها في الحال طلاقا معلقا بمشيتها في اي وقت شاءت فاذا شاءت
في المجلس صار كانه قال انت طالق اذا شئت لان المعلق كالمرسل عند الشرط ولو قال لامرأتيه ان شئتما فانتما طالقان فشاءت احديهما او شاءتا
طلاق احديهما لا يقع لان الشرط مشيتهما طلاقهما ولم يوجد ولو قال لاثنتين ان شئتما فهي طالق ثلثا فشاءت احديهما واحدة والاخرى ثنتين لم يقع شيء
لان الشرط مشيتهما الثلث بخلاف ما لو قال لهما طلقاها ثلثا فطلقتها احديهما واحدة والاخرى ثنتين وقع الثلث لان كل واحد ينفرد بايقاع الثلث
فيصح ايقاعه بعضها ولو قال ان شئت فانت طالق ثم قال لاخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليها بمشية الاولى ان نوى الزوج والا فلا
لانه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك اي كلاهما مملوكان لي فايهما نوى صدق ولو قال طالق ان شئت وابيت او ان شئت
ولم تشائي لم تطلق ابدا لانه جعل المشية والاباء شرطا واحدا ولا يمكن اجتماعهما ولو قال ان شئت وان لم تشائي فشاءت في المجلس طلقت ولو قامت
بلا مشية تطلق ايضا كما لو قال ان دخلت او لم تدخلي اما لو اخر الطلاق فقال ان شئت وان لم تشائي وان شئت وان ابيت فان شاءت
يقع وان ابت يقع وان سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع وكذا ان شئت وابيت وفي طالق ان ابيت وكرهت طلاقا فقالت ابيت تطلق
ولو قال ان لم تشائي طلاقك فانت طالق فقالت لا اشاء لا تطلق لان لفظ ابيت لايجاد الفعل الذي هو الاباء وقد وجد واما لفظ لم تشائي فللعدم لا للايجاد
وعدم المشية لا يتحقق بقولها لا اشاء لان لها ان تشاء من بعد وانما يتحقق بالموت وفي انت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق
عند ابي يوسف رح ولو قال لها طلقي نفسك فقال لها اخر اعتقي عبدك فبدأت بعتق العبد خرج الامر من يدها ولو كان الامر بالعتق من زوجها فبدأت بالعتق لا يبطل خيارها
في الطلاق وعنه لو قال لها انت طالق ان شئت للسنة واحدة فلها المشية الساعة لا عند الطهر فان شاءت الساعة وقعت عند الطهر وعلى قياس
قول ابي حنيفة رح ان كانت حائضا فلها المشية حين تطهر على احدى الروايتين عنه فانه ذكر في باب المشية من طلاق الاصل لو قال ان شئت فانت
طالق غدا فالمشية اليها للحال بخلاف انت طالق غدا ان شئت فان المشية اليها في الغد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح المشية اليها
في الغد في الفصلين وقال زفر رح المشية للحال فيهما وذكر في الامالي الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رح على العكس وفي المنتقى برواية بشر عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة رح اذا قال انت طالق غدا ان شئت او انت طالق ان شئت غدا فلها المشية غدا وقالا ان قدم المشية على الغد فلها المشية للحال وان اخرها
فلها المشية غدا وفرع على هذا لو قال اختاري غدا ان شئت او اختاري ان شئت غدا او امرك بيدك غدا ان شئت او امرك بيدك ان شئت غدا فالمشية
في الغد في الحالين عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قال طلقي نفسك غدا ان شئت او طلقي نفسك ان شئت غدا وان شئت فطلقي نفسك غدا لم يكن لها ان تطلق
نفسها الا في الغد عنده وقالا ان قدم المشية فلها ان تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غدا والمذكور في الكافي وشرح الصدر الشهيد انت غدا
طالق ان شئت فقالت الساعة شئت كان باطلا انما لها المشية في الغد بخلاف قوله ان شئت فانت طالق غدا فان لها المشية في مجلسها الان في الثاني
علق بالمشية طلاقا مضافا الى غد ولو علق بالمشية طلاقا منجزا اعتبر المشية حالا حتى لو قامت بطلت مشيتها فكذا اذا علق بها طلاقا مضافا وفي
الاول بدأ باضافة الطلاق الى الغد ثم جعل ذلك معلقا بمشيتها فتراعى المشية في ذلك الوقت وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رح ان في الفصلين
تراعى المشية في غد وعند زفر رح تعتبر المشية فيهما حالا ولو قال لها انت طالق اذا شئت ان شئت او انت طالق ان شئت اذا شئت فهما سواء تطلق

باب الايمان في الطلاق

واذا اضافه الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح

نفسها متى شاءت وعند ابي يوسف رح ان آخر قوله ان شئت فكذلك وان قدمه فتقيد المشيئة بالمال فان شاءت في المجلس تطلق نفسها ذلك الا شاءت ولو قامت من المجلس قبل ان تقول شيئا بطل وقال شمس الائمة فيما قدمنا من ان شئت فانت طالق اذا شئت فشاءت في الاولى على المجلس الاخرى مطلقة اليها مطلقها بالوقت فهي شاءت بعد الطلقت قال ان لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها والفرق بينها وبين المسألة او لم يذكر المسألة ولو قال انت طالق وطالق وطالق ان شاء زيد فقال زيد شئت واحدة لا يقع شيء لانه ما شاء الثلث وكذا لو قال انت طالق ان شئت واحدة وان شئت ثنتين فقالت شئت ثم الثلاث ولو قال اخبرني ان شئت فقيل الطلاق شاءت او لم تخبر وقيل تعيين قالت لزوجها طلقني وطلقني وطلقني فقال الزوج طلقتك فهي ثلث ولو قالت طلقني طلقني طلقني بلا واو فثلاث فان نوى مرة فهي واحدة وان نوى ثنتا فثنتان ولو قالت لزوجها زدني في الطلاق فقال الزوج زدتك فقالت طلقت بتطليقتين ان نوى الزوج الثلث وقع ثلث وان نوى الزيادة فثلاث والا يقع

باب الايمان في الطلاق اليمين في الاصل القوة قال الله تعالى ان المقادير بالاوقات نازلة ولا يمين على دفع المقادير اي لا قوة لاحد اليدين اليمين لزيادة قوتها بالنسبة الى الاخرى وسمي الحلف بالله تعالى يمينا لافادته القوة على المحلوف عليه من الفعل او الترك الملل يعيب بنفسه النفس فيه ولا شك في افادة تعليق المكروه للنفس على امر بحيث يترك شرعا عند وجوده لقوة الامتناع عن ذلك الامر وتعليق المحبوب لها على ذلك لحمل عليه فكان يمينا فهو لفظ مشترك لا استعملها في المفهوم اللغوي الا انه مثال لا يطابق لانه تعليق لا اضافة قوله وقال الشافعي لا يقع ونقل عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال احمد وقال مالك ان خص بلدا او قبيلة او صنفا او امرأة صح وان عم مطلقا لا يجوز اذ فيه سد باب النكاح وبه قال ربيعة والاوزاعي وابن ابي ليلى الا لو قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق كل ما اعني فانه يعتبر مظاهرا بالعموم لان الحرمة ترتفع بالتكفير وعندنا لا فرق بين العموم وبين الخصوص الا ان صحت في العموم مطلق يعني لا فرق بين ان يعلق باداة الشرط او بمعناه وفي المعينة يشترط ان يكون بصريح الشرط فلو قال هذه المرأة التي اتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لانه عرفها بالاشارة فلا تؤثر فيها الصفة اعني اتزوجها بل الصفة فيها لغو فكانه قال هذه طالق بخلاف قوله ان تزوجت هذه فانه يقع ولا بد من التصريح بالسبب في المعين لو قال كل امرأة اجتمع معها في فراش فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق وكذا كل جارية اطأها فاشتري جارية فوطئها لا تعتق لان العتق لم يضف الى الملك ولو قال بنصف المرأة التي تزوجتها طالق فتزوجها يراد بامرء او لغيره لا تطلق لان التعليق لم يصح ولو تزوج امرأة على انها طالق لم تطلق لان تعليق جعله بدلا او شرطا وكذا لو اشترى عبدا على انه حر لا يعتق وعندنا مروي عن عمر وابن مسعود وبه تمسك الشافعي رح بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح اخرجه ابن ماجة من حديث المسور بن مخرمة انه صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل ملك عند عبد الرحمن على رضي الله عنه لا طلاق قبل النكاح انتهى وفيه هشيم وهو ضعيف واخرج ابو داود والترمذي عنه صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي احسن شيء روي في هذا الباب واخرج الدارقطني عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم اتزوج فلانة فهي طالق ثلثا قال طلق ما لا يملك واخرج ايضا عن ابي ثعلبة الخشني قال قال عم لي اعمل لي عملا حتى ازوجك ابنتي فقلت ان تزوجتها فهي طالق ثلثا ثم بدا لي ان اتزوجها فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال لي تزوجها فانه لا طلاق الا بعد النكاح قال فتزوجتها فولدت لي سعدا وسعيدا ولنا ان هذا التعليق لما صح تعليقه وهو الطلاق فيما هو العتق والوكالة والابراء بانه مانع انه رتبه على النكاح فعند معناه فيلغو وذلك لان النكاح شرع سببا لثبوت الوصلة وانتظام

ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف

المصالح فلا يملك جعلها سببا لانقطاعها بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لانه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة الى المندوب والطلاق محظور وانما شرع للحاجة عند تباين الاخلاق وهذا لان الحاجة كما تتحقق بعد اتصاله بالدخول كذلك قبل التزوج فان النفس قد تميل الى تزوج امرأة مع علمها بفساد حالها وسوء عشرتها وتخشى لجاجها فلتمنعها فيتوسلوا بتعليق طلاقها بتزوجها فيبقى بها عن مواقع الضرر فيجب ان يشرع كما شرع تعليقه بخروجها لتمنعها عنه لما فيه من الضرر عليه لتحقق المقتضي وهو تمكنه بالتعليق لما يصح بلا مانع بل هو اولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سيذكر والجواب عن الاحاديث المذكورة اما اقل الحديثين الاخيرين فمحمول على نفي التنجيز لانه هو الطلاق اما المعلق فليس به بل له عرضية ان يصير طلاقا وذلك عند الشرط والحمل ماثور من السلف كالشعبي والزهري قال عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن الزهري انه قال في رجل قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق وكل امة اشتريها فهي حرة هو كما قال فقال له معمر اوليس قد جاء لا طلاق قبل النكاح ولا عتق الا بعد ملك قال انما ذلك ان يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر وقول المصنف وغيرهما التصريح لما يفهم من كاف التشبيه المشعرة بعدم الحصر خصوصا بعد قوله ماثور عن السلف يعطي انه ماثور عن غيرهما ايضا اخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والزهري والاسود وابي بكر بن عبد الرحمن وابي بكر بن عمرو بن حزم وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي رضي الله عنهم في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق او يوم اتزوجها فهي طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال وفي لفظ يجوز عليه ذلك وقد نقل مذهبنا القاسم بن سعيد بن المسيب وعطاء وحماد بن ابي سليمان وشريح رحمة الله عليهم اجمعين واما الحديثان الاخيران فلا شك في ضعفهما قال صاحب تنقيح التحقيق انهما باطلان ففي الاول ابو خالد الواسطي وهو عمرو بن خالد قال وضاع وقال احمد وابن معين كذاب وفي الاخر علي بن قرين كذبه ابن معين وغيره وقال ابن عدي يسرق الحديث بل ضعف احمد وابو بكر بن العربي القاضي شيخ المصطفى جميع الاحاديث وقال ليس لها اصل في الصحة وكذا لم يعمل بها مالك وربيعة والاوزاعي لما قيل لم يرو بانكارها حتى يترك العمل بها ساقط لان الترجيح فرع صحة الدليل اولا كيف وهو مع عدم تقدير الصحة لا دلالة على نفي تعليقه بل على نفي تنجيزه فان قيل لا معنى لحمله على التنجيز لانه ظاهر يعرفه كل احد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهرا بعد اشتهار حكم الشرع فيه لا قبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا اذا وجد النكاح فنفى ذلك صلى الله عليه وسلم في الشرع في هذه الاحاديث وغيره ما بقي لهم بعد ذلك ان يمنعوا كون المعلق ليس طلاقا فالتخريج عن تناول النص بل هو طلاق تاخر عمله الى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار والجواب ان اهل العرف واللغة لا يفهمون الا ان الطلاق ما يعلقه وكذا الشرع لو حلف لا يطلق امرأته فعلقها لا يحنث اجماعا علموا ايضا وكذا في موطأ مالك ان سعيد بن عمرو بن سليم الزرقي سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأة ان هو تزوجها فقال القاسم ان رجلا جعل امرأته عليه كظهر امه ان هو تزوجها فامره عمر ان هو تزوجها ان لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا فالكل واحد ما لخلاف فيه ايضا وكذا في الايلاء اذا قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك اربعة اشهر صح فمتى تزوجها يصير موليا فان قيل هذا التعليق انشاء تصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بان قال اذا بلغت فزوجته طالق وتعليق البائع طلاق الاجنبية بغير الملك قلنا الابتداء لا من بيان المراد فنقول لما هو طلاق قائم ليس به اذ لا شك في ان لفظ الطلاق والمراد انه ليس سببا في الحال لحكم الطلاق من الفرقة وغيرها بل تاخر عمله كالبيع بشرط الخيار ونحو نقول لا اشكال في ان كون الشيء سببا للثبوت حكم في محل لا يتصور

والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما ولو اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته
ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط

بدون اتصاله بذلك المحل شرعا اعني ان يعتبر الشرع انه اتصل به سببا للحكم فيه لا مجرد الاتصال في اللفظ فان سببيته ليست الا بايجابه الحكم في محل حلوله لكونه ملزوما للحكم فيحل حيث حل ولا ريب في ان الشرط يمنع من ذلك للقطع بانه لم يبن انت طالق الآن بل اذا كان كذا فانت طالق وذلك لا الآن فاذا كان ذلك يرتفع المانع وهو التعليق ثم ينزل بالمحل سببا بخلاف البيع بشرط الخيار لانه لم يعلق البيع على منتظر بل اثبته في الحال غير انه جعل له خيار ان يفسخ ان لم يوافق غرضه رفقا به وهذا لا يمنعه من الوصول في الحال بل تحقق سببيته في الحال لو تأملت هذا التركيب واما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم اهليته للتعليق كالتنجيز بخلاف البالغ فان افتقاره في التصرف الى المحل انما هو عند قصد التنجيز فيه للحال وما نحن فيه التزام يمين يقصد بها بالذات البر اعني منع نفسه من تزوجها وهذا يقوم به وحده فتضمن هذا منع كونه تصرفا في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه الا انه لما كان الحنث احد الجائزين وبتقديره ينعقد كلامه سببا وهو يستدعي المحلية وهما معا توقفا على ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده ثم رأينا الشرع صححه مكتفيا بظهور قيامه عنده فيما اذا قال للمنكوحة ان دخلت فانت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فصححه اياه مع تيقن قيامه اخرى وذلك في المتنازع وهو تعليقه بالملك بهذا حصل الجواب عن الاخير اعني تعليقه في الاجنبية بغير الملك ولذا رأينا الشرع صحح قوله للامة اذا ولدت ولدا فهو حر حتى يعتق ما تلده مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة فظهر به ان قيام المحلية للحكم ليس شرطا لصحة التعليق ولعمري ان حل هذه المقاصد اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الايجاز وطلاوة الالفاظ وقوله وقع عقيب النكاح يفيد ان الحكم يتأخر عنه وهو المختار لان الطلاق المقارن لا يقع كقوله انت طالق مع نكاحك اذ لا يثبت الشيء منتفيا مع حكمه اثره تصرف يمين وهو اضافة بيانية اي تصرف هو يمين وكذا هو في قوله وهو قائم بالمتصرف اي فلا حاجة الى اشتراط المحل بل قيام ذمة الحالف في ذلك كاف وقول مالك سد على نفسه باب النكاح قلنا فماذا يلزم اذ قد يكون علم مصلحته في ذلك دينا لعلمه بغلبة الجور على نفسه او دنيا لعدم يساره والنفس للحاج فيوسها على انه يتصور تزويجه عندنا بان يعقد له فضولي ويجيزه هو بالفعل كسوق المواهب اليها او الوطي واعلم ان مقتضى ما ذكر كون المضاف لا ينعقد سببا في الحال كالمعلق لكنهم جعلوه سببا في الحال نحو انت طالق يوم يقدم فلان ولا فرق الا ظهور ارادة المتكلم الايقاع بخلاف المعلق وان قصد البر فكان هذا المعنى المعقول صارفا اللفظ عن قضيته ولا يعرى عن شيء مع ان نحو انت طالق غدا واذا جاء غد واحد في قصد الايقاع وهم يجعلون اذا جاء غد تعليقا غير سبب في الحال والآخر سببا في الحال واما قولهم انه ينزل سببا عند الشرط تطلق او يقع منجزا فالمراد الايقاع حكما ولهذا اذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ولو كان كالملفوظ حقيقة لم يقع لعدم اهليته **فروع** في المنتقى ان تزوجت فلانة فهي طالق وان امرت من يزوجنيها فهي طالق فامر انسانا ان يزوجها منه طلقت لانهما يمينان احدهما على الامر والاخرى على التزوج ولو قال ان تزوجت فلانة وان امرت من يزوجنيها فهي طالق فامر انسانا فزوجها منه طلقت لان اليمين واحدة والشرط شيئان وقد وجدا بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الامر حيث لا تنحل اليمين ولهذا لو تزوجها من غير ان يأمر احدا لا تطلق لانه بعض الشرط فان امر بعد ذلك رجلا فقال زوجني فلانة وهي امرأته على حالها طلقت لكمال الشرط ولو قال ان تزوجت فلانة او امرت انسانا ان يزوجنيها فهي طالق فامر غيره فزوجه تلك المرأة لم تطلق لانه حنث بالامر قبل تزويج المأمور فانحلت اليمين بلا وقوع شيء فلا يحنث بتزوجه بعده وعن ابي يوسف رحمه الله اذا قال ان تزوجت فلانة او خطبتها فهي طالق فخطبها فتزوجها لا تطلق قال في الكتاب لانه حنث في الخطبة فهذا يدل على ان اليمين منعقدة وهي ترد على من قال اليمين غير منعقدة لان الشرط احدهما فاحدهما بعينه مباح والآخر بانه نفس

فيصح يمينا او ايقاعا ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما

الحنث حتى لو تزوج قبل الامر في المسئلة التي قبلها وقبل الخطبة في هذه المسئلة وقع بان قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوجتك بالف فقبلت طلقت وفي فوائد شمس الائمة الحلواني لو قال ان تزوجت فلانة فهي طالق ان تزوجت فلانة فتزوج فلانة لا تطلق فان طلقها ثم تزوجها تطلق ووجهه انه اعتراض الشرط على الشرط كقوله ان تزوجتك فانت طالق ان دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين جميعا له مطلقة فقال ان تزوجتها فحلال الله علي حرام فتزوجها تطلق ولو قال لامرأته ان تزوجت عليك ما عشت فحلال الله علي حرام ثم قال ان تزوجت عليك فالطلاق علي واجب ثم تزوج عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الاولى وتقع اخرى على واحدة منهما باليمين الثانية يصرفها الى ايتهما شاء هذا في النوازل قال في المحيط وفيه نظر وينبغي ان لا تطلق في اليمين الثانية لان اليمين الثانية تعليق ايجاب الطلاق بالتزويج وانه لا يصح بخلاف تعليق نفس الطلاق وينبغي ان يقع باليمين الاولى طلاق احداهما يصرفه الى ايتهما شاء ولان اليمين الاولى لما انصرفت الى الطلاق صار كانه قال نساء يطلاق ومن قال في كل له امرأتان يقع على احداهما انتهى وفي نظره نظر اما قوله وينبغي ان لا تطلق في اليمين الثانية الى آخره فمبناه على ان التنجيز بالطلاق علي واجب ليس بصحيح والثابت قد علمت ما في ذلك من الاختلاف وان المختار وقوع الطلاق والمذكور في النوازل بناء عليه واما قوله وينبغي ان يقع باليمين الاولى طلاق احداهما الى آخره فليس بصحيح لان حلال الله عام استغراقي لا بدلي فيشمل الزوجين معا فقد حرمهما وزان ويا طلاق ليس مثله لان معناه امرأته وهو انما يتناول الواحدة فيقع الطلاق على واحدة مبهمة فاليه تعيينها واذا قال كل امرأة اتزوجها طالق فزوجه فضولي فاجاز بالفعل بان ساق المهر ونحوه لا تطلق بخلاف ما اذا وكل به لانتقال العبارة اليه **قوله** فيصح يمينا او ايقاعا اي فيصح التعليق المذكور يمينا عندنا لانه لا يعمل عندنا في الحال وايقاعا عند الشافعي لانه عنده سبب في الحال **قوله** ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملكه لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهر الوجود اي ظاهر الوجود عند العقد وقوله وهو القوة اي على الامتناع هنا **قوله** والظهور باحد هذين لفظ الظهور هنا بالمعنى اللغوي وكذا لفظ ظاهر المذكور آنفا وما كان ظاهر الوجود فتعلق الادراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفي اي ص وقد يكون على وجه القطع والحاصل ان قوله للاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق حين صدر لا يصح حاله ايقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على البر خاصة لانه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند العقد لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط لا يقال لم لم يكن الامر فيه موقوفا على العاقبة ان تزوجها ظهر كونه يمينا والا فهو على الاحتمال الى ان يموت احدهما لانا نقول تحقق عدم اليمين حال صدوره لانتفاء حقيقته فانه لم يقع مخيفا فلم يقع يمينا فلا تتحقق يمين في الوجود الا بلفظ آخر ومعنى الاضافة هنا اضافة لزوم نصف المهر ان تزوجها لانه ح يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوج خوفا من ذلك وقد اورد على هذا قوله اذا حضت فانت طالق فانه يمين مع انه لا حمل فيه ولا منع باخافة واجيب بان العبرة للغالب لا للشاذ **قوله** والاضافة الى سبب الملك يعني التزوج بمنزلة الاضافة اليه وقال بشر المريسي لا يصح لان الملك يثبت عقيب سببه فاذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه او لزواله لا يقع كطالق مع نكاحك او مع موتي بخلاف ما اذا علقه بنفس الملك فانه يتقدم الملك والجواب ما قال محمد رحمه الله حمل الكلام على الصحة اولى من الغائه فيكون قد ذكر السبب واراد المسبب فتقدير قوله ان تزوجتك ان ملكتك بالتزوج لكن تعليل المصنف بقوله لانه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا الا ان يجعل بيان وجه التجوز بالسبب عن المسبب وتوجيهه اذ ليس هو موضوعه بل هو في هذا الفن من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنه انهم دفعوا الدور على قولهم في قوله لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق فتزوجها فدخلت لا تطلق من انه لم يعتبر تمام الكلام مضمر التصحيح والتقدير ان تزوجتك فدخلت حتى يصح ويقع كما قال ابن ابي ليلى

ولذا اشترطان وجد او ما في دون دخلها ومتى مكان بالشرط الذي في الصلوة وهو الذي الف [illegible] اتصل [illegible]
ثم كلمة لما عرف تعلقها لانه ليس فيها معنى الوقت وعلى هذا جملة يضا حاكل ليس شرطا حقيقة كان ما يليها الاسم وشرطه
ما يتعلق به الجزاء وكلمة تتعلق بالافعال لا انه اختلف بالشرط تعلق بالفعل بالاسم الذي يليه مثل [illegible]

لان اليمين ويتوهم في الشرع او غير منسوب فلا يحتاج الى تصحيحه هذا ينافي ذلك الجواب يكفي في جواب ابن ابي ليلى ما قدمه المصنف لكن لا يخفى ورود
ان يقال الاول في السبب المسبب وحقيقته الاولى في تصحيح اليمين فيلزم مثله في المنقول عن ابن ابي ليلى وعلى الثاني يرد ما قال شيخ الرضي والاولى
ان يجيب ويقال يجاب ابن ابي ليلى بانه لا طريق الى تحقيق تلك الارادة لانتفاء الحقيقة وطريق المجاز بخلاف ما نحن فيه وعلى هذا الاكثر المذكور في الكتاب
ويقال الاولى ان يقال الاضافة الى سبب الملك مراد بها الاضافة الى الملك كما اجاب به محمد فرع لو قال ان تزوجتك فانت طالق قبل
ان تزوجها قبله ابو يوسف لانه علقه بالنكاح وذكر الوقت لا يقدر على ايقاعه فيه فلغى ذكره الوقت وبقي التعليق وقالا لا يقع لان المعلق كالملفوظ
عند الشرط ولو قال لو قت النكاح انت طالق قبل ان انكحك لا فتعلق كذا هذا ولو قال لوالديه ان زوجتما امرأة فهي طالق ثلثا فتزوجاه امرأة بغير
امره لا تطلق لان التعليق لم يصح لانه غير مضاف الى تلك النكاح لان تزويج الوالدين بغير امره غير صحيح ولو قال رجل لاجنبية ما دمت في نكاحي
فكل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق ما اذا قال لها ان تزوجتك فما دمت في نكاحي فكل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها
وتزوج غيرها تطلق قوله والفاظ الشرط الخ ومن جملتها لو ومن واي وايان واين وانى وجميعها تجزم الا لو واذا وقيل تجزم بها اذا زيد بعدها ما في المشهور
انما يجزم بها في الشعر وكذا لو قال تنج لو يشار بها به ذو سعته لان الشرط مشتق من العلامة يعني اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك
قال تعالى فقد جاء اشراطها اي علاماتها وهذا لان الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك في المادة ولا اشتراك بين لفظ علامة وشرط وقوله فتكون
علامات على الحنث والحنث هو وقوع الجزاء فالحاصل ان معنى الفاظ الشرط علامات وجود الجزاء اي تدل على ذلك لذاتها الا كلمة من فذو ولفظ
لو ايضا كذلك في الجملة وانما كان فعل كذلك كان المفاد به امتناع الشرط المستلزم لامتناع الجواب نحو لو جاء زيد لاكرمتك فيعرف ان ذلك الفعل
لو وجد استلزم وجود الجواب لان اللازم يثبت عند الملزوم وعلى هذا جميع الادوات تفيد الوجود للوجود الا ان لما لما كانت ما دخل حيث وضعت
لافادة ان الشرط قد وجد وفرع منه خصت بقولنا حرف وجود لوجود ولو وضعت لافادة امتناع الملزوم ودلت على الوجود للوجود
بالالتزام فخصت بحرف امتناع ولم يذكرها المصنف لان مقصوده هنا فيه اعني التعليق على ما على خطر الوجود لانها افادت تحقق عدمه فلا يحصل
معنى اليمين وان كان لو قال لو دخلت فانت طالق تعلق الطلاق كما ذكر التمرتاشي وغيره عن ابي يوسف لكن ليس معناها الاصلي المشهور
ولذا قال بعضهم لا تعلق في الحاوي في فروعها قال انت طالق لو تزوجتك تطلق اذا تزوجها وتدل في قوله تعالى وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية
الآية فذهب بعض النحويين الى تجويزه واكثر المحققين انها ليست للتعليق في الماضي واجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم وكذا العدم
معنى اليمين في التعليق بلما لم يذكرها وذكر كلا وليست شرطا الثبوت معنى الشرط معناها وهو التعليق بامر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم
الذي اضيف اليه فرع قال انت طالق لولا دخولك او لولا ابوك او مهرك لا يقع وكذا في الاخبار بان قال طلقتك بالامس لو لا كذا واعلم ان وضع
وجوب الفاء لا يتحقق التعليق الا بها الا ان يتقدم فيتعلق بدونها على خلاف في انه هو الجواب او تضمن الجواب بعبارة والمقدم دليله واما الفقيه
فنظره من جهة المعنى فلا عليه من اعتبار الجواب فاذا قال ان دخلت الدار انت طالق وقع للحال فان نوى تعليقه دين وكذا ان نوى تقديمه عن
ابي يوسف ولا يتخير حمل الكلام على الفائدة فيتضمن الفاء كما في قوله من يفعل الحسنات الله يشكرها ودفع بالواو اجاب بالواو فانه يتنجز ولغوا الشرط لانه لا
يمكن تعليقه حتى لو نواه دين وفي الحكم روايتان ذكره في النهاية قال في الدراية ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح ويحمل الواو على الابتداء

قال وفي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه إلا في كلمة كلما فإنها تقتضي تعميم الأفعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية

وفيه حذف لأن واو الابتداء لا تدخل إلا في أول الكلام ومواضع الفاء جمعت مفارقة في بيت هو طلبية واسمية وبجامد وبما ولن وبقد وبالسين واجبت وذكر بعض زيادة على ذلك والنحاة لبعضهم فنظمها في ثلاثة أبيات هي هذه تعلم جواب الشرط حتم قرانه بالفاء إذا ما فعله طلبا أتى كذا جامدا أو مقسما كان أو بقد ورب وسين أو بسوف ادر يا فتى أو اسمية أو كان منفيا بما وان ولن من يحد عاصد ذاه قد عنى ولو أخر الشرط وأدخل الفاء في الشرط بأن قال أنت طالق فإن دخلت الدار لا رواية فيه فيمكن أن يقال يتنجز لأن الفاء صلة ويمكن أن يقال يتعلق لأن الفاء حرف تعليق قياسا إلا كونه في حذف الفاء في موضع وجوبها وذكر الواو مع الجواب أن يكون التنجيز موجب اللفظ إلا أن ينوي التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق أو ذاك مدلول اللفظ فلا يثبت إلا بالنية والفاء وإن كان حرف تعليق لكن لا يوجبه إلا في محله فلا أثر لها هنا ولو قال أنت طالق إن تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به وعند أبي يوسف لا لأن ذكره بيان لإرادته التعليق ولو قال أنت طالق وعلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط لأن ذلك في غير المعينة مثل المرأة التي أتزوجها طالق أما في المعينة فلغو على ما قدمناه أول الباب ولو قال أنت طالق أن دخلت بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور لأنها للتعليل ولا يشترط وجود العلة وعند ... محمد الكسائي في ذلك في مجلس الرشيد فزعم الكسائي أنها بمعنى إذا ... لا بقوله يمنون عليك أن أسلموا وبقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولذا قول محمد أولى إذ الأصل لجعلها كإذ وليس المراد في الآيتين إلا ذكر التعليل هو المعنى الظاهر فيهما ولو قال أنت طالق وإن دخلت طلقت بكل حال لأن الواو في مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على ما عرف في موضعه تقديره إن لم تدخلي وإن دخلت وما هي الوصلية وتقع في الحال بقوله أنت طالق إن خلت ... بقوله دخلي الدار وأنت طالق تتعلق بالدخول لأن الحال شرط مثل أو إلى الفاء وأنت طالق التطليق

قوله ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت انتهت اليمين لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط وإذا تم وقع الحنث فلا يتصور الحنث مرة أخرى إلا بيمين أخرى أو بعموم تلك اليمين وليس فليس وقال بعضهم في متى إنها تفيد التكرار كقوله متى تأته تعشو إلى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد والحق أنها إنما تفيد عموم الأوقات بمعنى أن أي وقت تحقق ذلك فيه ... فلو قال متى خرجت فأنت طالق المفاد أن أي وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فإذا تحقق في وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر إلا لو أفادت التكرار وإن مع لفظ أبدا ... لفظه متى بانفراده فإذا قال إن تزوجت فلانة أبدا فهي طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تطلق كذا أجاب أبو نصر الدبوسي ومن غرائب المسائل ما في الغاية من قال لنسوة له من دخل منكن فهي طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لأن الفعل وهو الدخول أضيف إلى جماعة فيراد به عمومه عرفا بعد مرة أخرى واستشهد له بقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا أفاد العموم ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد بما ذكر محمد في السير الكبير إذا قال الإمام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما واستشكل فإن العموم في الأول لعموم الصيد المحلى باللام ثم رجع إليه ضمير من قتله فعليه جزاؤه فتم لذلك لا لما ذكر وعموم الثاني بدلالة الحال وهو أن مراده التشجيع وكثرة القتل قيل والأولى الاستشهاد بقوله تعالى وإذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا الآية حيث يحرم القعود مع الواحد في كل مرة فقد أفادت إذن التكرار لعموم الاسم الذي نسب إليه فعل الشرط والأوجه أن العموم بالعادة لا بالصيغة فيهما لما فيهما من ترتيب الحكم وهو الحرمة في الحال منع القعود على المشتق منه وهو الخوض ... فيتكرر به وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال أي امرأة أتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث يعم لعموم الصفة واستشكل حيث لم يعم أي امرأة أتزوجها بعموم الصفة قوله إلا في كلما فيتكرر ومن لطيف مسائلها إذا قال لامرأته وقد دخل بها كلما طلقتك فأنت طالق فطلقها طلقة يقع ثنتان ولو قال كلما وقع طلاقي عليك فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث والفرق

ومن ضرورة التعميم التكرار **قال** فإن تزوجها بعد ذلك بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رح وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق تطلق بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور **قال** وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لأنه لم يوجد الشرط فيبقى والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا وإن وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وإن اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ولأنه منكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل أن يقول إن حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس أن لا يقع لأنه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان أنها أمينة في حق نفسها إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها فيقبل قولها

أن الشرط في الثانية اقتضى تكرار الجزاء بتكرار الوقوع فيتكرر إلا أن الطلاق لا يزيد على الثلاث فيقتصر عليها وفي الأولى اقتضى تكرار الجزاء بتكرار الوقوع فيتكرر إلا أن الطلاق لوجود الشرط فيقع تطليقتان إحداهما بحكم الإيقاع والأخرى بحكم التعليق **قوله** ومن ضرورة التعميم التكرار. وفي كل عموم ولا تكرار فإنه لو قال كل امرأة أتزوجها طالق فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك لا تطلق وأما الوقوع على امرأة أخرى تزوجها فباعتبار عموم الاسم ولم ينشأ من نفس الشرط وأجيب بأن المراد تعميم الأفعال والتكرار من ضرورته لأنه كما يكون باعتبار القيام بآحاد متعددة يكون بتجدد الأمثال من واحد **قوله** ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق تحنث بكل مرة أبدا لأن الشرط ملك يوجد في المستقبل وهو غير محصور وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه وعن أبي يوسف في المنتقى إذا قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأة طلقت فإن تزوجها ثانيا لا تطلق إلا مرة واحدة ولو قال ذلك لمعينة كلما تزوجتك وتزوجت فلانة تكرر دائما واستوضحه بما إذا قال كلما اشتريت ثوبا أو ركبت دابة لا يلزمه ذلك إلا مرة واحدة والحاصل أن كلما عند أبي يوسف رح إنما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة وحقيقة البحث ادعاء واتحاد الحاصل بين كل وكلما إذا نسب فعلها إلى منكر فإن قلت بينهما فرق فإن كلا يقتضي عموم الأسماء وعموم الأفعال تثبت ضرورة وكلما تقتضيه في الأفعال وعموم الأسماء تثبت ضرورة فإذا وجد في لفظ كل اسم واحد انحلت في حقه ولا يتكرر به نفسه بقيت فيما سواه من الأسماء وفي كلما إذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الأفعال المماثلة سواء تعلقت بالمتعلق به أولا أو لا قلنا قد اعترفتم بثبوت عموم الأسماء ضرورة ولا حاجة بنا إلى النظر إلى سببه إذ المقصود أنه ثبت العموم في الأفعال والأسماء فصار الحاصل كل تزوج لكل امرأة وفي مثله تنقسم الآحاد على الآحاد ظاهرا على ما قرروا في ركب القوم دوابهم وجعلوا أصابعهم في آذانهم فلزم بالضرورة أنها إذا انحلت في فعل انحلت في اسمه فلا يتكرر الحنث في امرأة واحدة وهذا هو الجامع بين هذه المسألة وبين ما قاس عليه من المسألتين ويدفع بأن انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوي وهو منتف لأن دائرة عموم الأفعال أوسع لأن كثيرا من أفراد ما يتحقق بالتكرر من شخص واحد وقد فرض عمومه بكلما فلا يتبعه كل اسم بفعل واحد فقط والله الموفق للصواب إليه المرجع والمآب **قوله** وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها حتى لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا إذا قال لعبده إن دخلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق ولا بد من تقييد عدم البطلان بما إذا زال الملك بما دون الثلاث أما إذا طلقها ثلاثا فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ما يأتي ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين إلى آخر ما في الكتاب هذا وكما يبطل التعليق بتنجيز الثلاث خلافا لزفر رح كذلك يبطل بلحاقه بدار الحرب عند أبي حنيفة رح خلافا لهما حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهي في العدة لا تطلق خلافا لهما وفائدة الخلاف فيما إذا جاء تائبا مسلما فتزوجها ثانيا لا ينقص من عدد الطلاق شيء عنده وينتقص عندهما **قوله** وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ولأنه ينكر وقوع الطلاق وعلى هذا لو قال إن لم تدخلي اليوم فأنت طالق فقالت لم أدخل وقال دخلت فالقول له لأنها كانت متمسكة بالأصل وهو عدم الدخول لو قال إن لم أجامعك في حيضتك فأنت طالق فقالت لم تجامعني وقال فعلت فالقول له مع أنها متمسكة بظاهر من عدم الجماع وحرمته في الحيض الداعية إلى عدمه لكونه أنكر الطلاق واستحضر هنا ما في النكاح لو قال بلغك الخبر فسكت وقالت رددت القول قوله خلافا لزفر رح لهذا أيضا فهذا أصل كلي بخلاف ما لو قال وهي في طهر خال عن الجماع أنت طالق للسنة ثم قال جامعتك في حيضتك فأنكرت فالقول لها لأنها كانت طاهرة لأنه يريد إبطال حكم وقع بعد وجود السبب والمضاف إليه أما الأول فإن المضاف سبب في الحال وأما الثاني فلأن الوقت وقت طلاق السنة بالفرض فإن

كما قيل في حق العدة والغشيان ولكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذلك لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالاستمرار عرف انه من الرحم

كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها عليه الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى وعن احمد لا يقع وتختبرها النساء بادخال قطنة في فرجها في زمان قالت ذلك ورد بانها امينة مامورة باظهارها في رحمها بقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن تحريم كتمانها امر باظهارها وفائدة الامر بالاظهار ترتيب احكام المظهر وهو فرع قبوله مع ان ادخال القطنة لا توصل الى علم والاظن لجواز اخذ دم من خارج تحملت به قوله لم تطلق فلانة هذا اذا كذبها اما لو صدقها طلقت فلانة ايضا وكذا في جميع نظائره **قوله** كما قيل في حق العدة اي انقضائها حتى لو طلقها طلاقا رجعيا ثم لم يراجعها فقالت له بعد مدة تحتمل صدقها قد انقضت انقطع حق الرجعة او قالت لرجل آخر انقضت عدتي من فلان والمدة تحتمله جاز له تزوجها اذا غلب على ظنه صدقها والغشيان اي حل الوطي وحرمته فلو قالت انا حائض حرم او طاهر حل او قالت للمطلق ثلثا تزوجت ثانيا وغشيني حلت له لا يقال ما تكون حاضت او لا فعلى الاول يقع عليهما وعلى الثاني لا يقع واحدة منهما لانا نقول المنظور اليه في حقها تعلقه بالاخبار لانها امينة وفي حق ضرتها حقيقته وشهادتها على ذلك شهادة فرد واخبارها به لا يسري في حقها مع التكذيب لا يبعد ان يقبل قول الانسان في حق نفسه لا غيره كاحد الورثة اذا اقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه لا يصدقه الباقون والمشتري اذا اقر بالمبيع لمستحق لا يرجع بالثمن على البائع هذا وانما يقبل قولها اذا اخبرت بالحيض وهو القائم اما بعد الانقطاع فلا لانه ضروري فيشترط قيام الشرط بخلاف قوله ان حضت حيضة حيث يقبل قولها في الطهر الذي في الحيضة لا قبله ولا بعده حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وانا الان حائض بحيضة اخرى لا يقبل قولها ولا يقع لانها اخبرت عن الشرط حال عدمه ولا يقع الا اذا اخبرت عن الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فحينئذ يقع وهذا لانها جعلت امينة شرعا فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بهما فلا تكون هي مؤتمنة حال عدم تلك الاحكام لعدم الحاجة اذا كذبها الزوج ولو قال لامرأتيه اذا حضتما فانتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما الا ان يصدقهما فان صدق احديهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وان كن ثلثا فقال ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن الا ان يصدقهن وكذا ان صدق واحدة منهن فان صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات ولو كن اربعا والمسئلة بحالها لم يطلقن الا ان يصدقهن وكذا ان صدق واحدة او ثنتين وان صدق ثلثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات والاصل ان حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا وان حاض بعضهن يكون ذلك بعض ما يثبت به الحكم فلا يثبت وان قلن جميعا حضنا لا يثبت حيض كل واحدة الا في حقها الا ان يصدقها فيثبت في حق الكل وان صدق البعض وكذب البعض نظر فان كانت المكذبة واحدة طلقت هي وحدها لتمام الشرط في حقها لان قولها مقبول في نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لان المكذبة لا يقبل قولها في غيرها فلم يتم الشرط في غيرها وان كذب اكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لان كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها الا في حق نفسها فكان الموجود بعض الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا **قوله** وكذلك اذا قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله الى قوله لما بينا يريد انها امينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها وقوله ولا يتيقن بكذبها جواب سوال تقديره ونزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها فاما هنا فكذبها متيقن فكيف يحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط اجاب بمنع تيقنه فان الانسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال الى درجة يحب الموت فيها فجاز ان يحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب في الحال على تمني الخلاص منه بالعذاب ولو قال لها ان كنت تحبيني بقلبك فانت طالق فقالت احبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسئلة الكتاب وقال محمد

لكن حيضها من الابتداء ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها لأن الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه
في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم لأن اليوم إذا قرن
بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما إذا قال إذا صمت لأنه لم يقدر بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته إذا
ولدت غلاما فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان

وانقضت العدة لأنها لو ولدت الغلام أولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به لأنه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية أولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا أنه حال الانقضاء فإذا في حال يقع واحدة وفي حال يقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال والأولى أن تأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا

تطلق فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن صدقت لأن الأصل في المحبة بالقلب واللسان خلف عنه فتقييده بالأصل يبطل الخليفة وقابل بعدم إمكان الوقوف على ما في قلبها أوجب النقل إلى الخلف مطلقا فاستدعى التقييد وعدمه وفي الظهيرية ما يدل على أن المحبة بالقلب لا تعتبر وإن أمكن الاطلاع عليها فإنه قال لامرأته أنت طالق إن كنت تحبين كذا ثم قال لست أحبه كاذبا فهي امرأته فيما بينه وبين الله تعالى واستشكل السرخسي هذا بأنه إن لم يعلم ما في قلبها لم يعلم ما في قلب نفسه لكن الطريق ما قلنا إن القلب متقلب لا يثبت على شيء فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر والأحكام إنما تناط بالأمور الظاهرة لا الحقيقية كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ولا يخفى ما فيه بالنسبة إلى قابلية أعمال التعليق ثم إنما يفارق التعليق بالحيض في أنه يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق وإنما لو كانت كاذبة تطلق فيما بينها وبين الله وفي الحيض لا يقتصر على المجلس على سائر التعليقات ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن تكون صادقة **فرع** في الجامع الأصغر قال الفقيه أبو جعفر إذا قالت المرأة لزوجها شيئا من السب نحو قرطبان وسفلة فقال إن كنت كما قلت فأنت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا إيذاءها بالطلاق كما آذته وقال الإسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال زوجها إن أنا قرطبان فأنت طالق تطلق وإن قال أردت الشرط ... فيما بينه وبين الله تعالى ونص بعضهم على أن فتوى أهل بخارى على المجازاة دون الشرط **قوله** وكان حيضها من الابتداء فيجب على المفتي أن يعين ذلك فيقول طلقت حين رأت الدم ويظهر ثمرة هذا الاستثناء فيما إذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم أو كان المعلق بالحيض عتقا فجنى العبد جناية بعد رؤية الدم قبل أن يستمر فإنه إذا استمر ثلاثة أيام يصح النكاح ويعتبر في العبد جناية الأحرار ولا يحتسب منه الحيضة من العدة لأنها بعض حيضة لأنه حين كان الشرط رؤية الدم لزم أن يقع الطلاق بعد بعضها **قوله** ولو قال لها إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر أي يحكم بطهرها عن هذا فرق الحال بين إن حضت حيضة فأنت طالق وإن حضت حيث لا يكون بدعيا لأنه إنما يقع في الطهر بخلاف الثاني ثم إنما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال أو ما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة دينا في ذمتها أو ما في العشرة بمجرد الانقطاع **قوله** لأن الحيضة بالهاء هي الكاملة عن هذا لو قال نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لأنه اسم للكامل وهي لا تتجزى خلافا لزفر وفي قوله تطلق بحيض خمسة أيام للتيقن بالنصف قلنا هذا النصف قصير مدته لا نصف الدور ... لو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض وإذا قال لطاهر أنت طالق إذا طهرت لم تطلق حتى تحيض فتطهر لأن اليمين تقتضي شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه وما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقي تبع للماضي فلا يتناوله اليمين كما لا يتناوله الماضي بخلاف قوله أنت طالق قبل أن تحيضي حيضة بشهر حيث تطلق إذا حاضت فلا ينتظر الطهر والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا أوطاس ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وسنتكلم عليه في موضعه إن شاء الله تعالى **قوله** بخلاف ما إذا قال إذا صمت لأنه لم يقدر بمعيار إذ لم يقل إذا صمت يوما أو شهرا فيتعلق بالمسمى صوما في الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بإمساك ساعة فيقع به وإن قطعته بعده وكذا إذا صمت في يوم أو في شهر لأنه لم يشترط كماله بخلاف ما إذا قدره بمعيار كما إذا صمت يوما فإنه لا يقع إلا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه ونظيره إذا صليت في ما إذا صمت صوما لا يقع إلا بتمام يوم لأنه مقدر بمعياره وإذا صليت صلاة يقع بركعتين وفي إذا صليت يقع بركعة **قوله** ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما الأول لأنه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع باللاحق شيء لأن الطلاق المعلق

وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الأولى وقال زفر لا يقع وهذه على وجوه أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر أو وجدا في غير الملك فلا يقع أو وجد الأول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع أيضا لأن الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع أو وجد الأول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب الخلافية له اعتبار الأول بالثاني إذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لأنه لا ينزل إلا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحله وهو الذمة

لانقضاء العدة لا يقع وإن اختلفا فالقول للزوج لأنه منكر للزيادة وتقرير المسئلة واضح من الكتاب وما عن الشافعي من أنه يقع الثلث لاحتمال الخروج مما قيل ينبغي أن لا يعول عليه لأنه مستحيل عادة وغيرها أن تحقق ولادتهما معا وقع الثلث ويتعدد بالاقراء ولو ولدت غلاما وجاريتين ولا يدري أولهم يقع ثنتان في القضاء وثلاث في التنزه لأن الغلام إن كان أولا وثانيا تطلق ثلثا واحدة به وثنتين بالجارية الأولى لأن العدة لا تنقضي ما في البطن ولد وإن كان آخرا يقع ثنتان بالجارية الأولى ولا يقع بالثانية شيء لأن اليمين بالجارية انحلت بالأولى ولا يقع شيء بالغلام لأنه حال انقضاء العدة فتردد بين ثلث وثنتين فيحكم بالأقل قضاء وبالأكثر تنزها ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث لأنه إن كان الغلام أولا وقعت واحدة به ولها ولا يقع بالثاني شيء ولا بالجارية الأخيرة لانقضاء العدة وإن كانت الجارية أولا أو وسطا وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام بعدها أو قبلها فتردد بين ثلث وواحدة ولو قال إن كان حملك غلاما فطالق واحدة أو جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لأن حملك اسم جنس مضاف فيعم كله فما لم يكن الكل غلاما أو جارية لا يقع كما في قوله إذا كان ما في بطنك غلاما والباقي بحاله كقوله إن كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق أو دقيقا فطالق فإذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق ولو قال إن كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلث وفي الجامع لو قال إن ولدت ولدا فأنت طالق فإن كان الذي تلدينه غلاما فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلث لوجود الشرطين لأن المطلق موجود في المقيد في قول الكل والشافعي **قوله** وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف الخ حاصل مبنى الخلاف أنه إذا جعل الشرط فعلا متعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو إن دخلت هذه الدار وهذه اشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما عندنا وقال زفر عند كل منهما وقياسه فيما إذا كان فعلا قائما باثنين من حيث هو قائم بهما أن يكون كذلك مثل أن يقول إن جاء زيد وعمرو فأنت طالق فإن الشرط مجيئهما فلا يقع طلاق واحد إلا أن يجي كل منهما وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك في مسئلة إذا احتضتما فأنتما طالقان وجعل في الكنز مسئلة الكتاب من تعدد الشرط وليس كذلك لأن تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه ولا يستلزم تعدده تعدده فإنها لو كلمتهما معا وقع الطلاق لوجود الشرط وغايته تعددها لقوة وجه قول زفر اعتبار الأول من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عندهما إذ هما في حكم هذا الطلاق كالشيء الواحد لتوقفه على كل منهما ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم وإنما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الأهلية قيام الملك في الحال أو كون الشرط الملك ليصير الجزاء في الأول غالب الوجود بتقدير الشرط نظرا إلى ظهور الاستصحاب وتيقنه في الثاني فيتحقق بذلك معنى اليمين وهو الإضافة الحاملة على الامتناع أو الفعل فإذا ثبت لا يحتاج في بقائها إلى ذلك لأن بقاءها بعد تحقق حقيقتها بقيام الذمة فإنما يحتاج إليه لوقوع الحنث أو الحنث لا يثبت إلا عند الأخير فلا يشترط الملك إلا عنده وهذا ما وعده المصنف في أوائل الكتاب وأما الشرطان فتحققهما حقيقة بتكرار أداتهما وهو على وجهين بواو وبغيرها أما الثاني فكقوله إن أكلت إن لبست فأنت طالق لا تطلق ما لم تلبس فلم تأكل فيتقدم المؤخر وهو الذي سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط وصرح في الجامع قال كل امرأة أتزوجها إن كلمت فلانا فهي طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها فهي طالق واستغنى عن الفاء بتقديم الجزاء فالكلام شرط الانعقاد والتزوج شرط الانحلال وأصله قوله تعالى ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم المعنى إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم وقوله تعالى وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها فالجواب حللنا لك امرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي فالمعنى إن أراد النبي أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد حللناها وجه المسئلة أنه لا يمكن أن يجعل الشرطان شرطا واحدا لنزول الجزاء لعدم العطف وإن روي عن محمد في غير رواية الأصول أنه رجح عن التقديم والتأخير وأقر كل شرط في موضعه وهو رأي إمام الحرمين من الشافعية لأن الأصل عدم التقادير الا بدليل والكلام في نحو

وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلقات وهو قول زفر وأصله أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما فتعود إليه بالثلث وعند محمد وزفر لا يهدم ما دون الثلث فتعود إليه بما بقي وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى وإن قال لها إن دخلت

الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلث لأن الجزاء ثلث مطلق لإطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فتبقى اليمين ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لأنها هي المانعة لأن الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق لبقاء محله

اللفظ ولا الشرط الثاني مع البعد هو الجزاء لعدم الفاء الرابطة وفيه التقديم والتأخير أخف من إضمار الحرف لأنه تصحيح للمنطوق من غير زيادة شيء آخر فكان قوله إن أكلت مقدما تأخيره في حيز الجواب لتأخره والتقدير إن لبست فإن أكلت فأنت طالق وهذا بناء على ما قدمنا من لزوم التنجيز في مثل إن دخلت الدار أنت طالق وعلى ما قدمناه عن أبي يوسف من لزوم الإضمار فالشارح يجب أن لا يعكس الترتيب في التجريد لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانا لا بد من اعتبار الملك عند الشرط الأول فإن طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلانا فهي في العدة طلقت لأنه هو على الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده وعلى هذا لو قال إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لا تطلق حتى تسأله أولا ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكأنه قال إن سألتني إن وعدتك إن أعطيتك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله ومن الحنابلة من قيد ذلك بما إذا كان الشرط بإذا فإن كان بإن تعلق لوجودهما كيفما كان لأن العرف في ذلك إذا أن الأول فلذا قال أنت طالق إذا قدم فلان وإذا قدم فلان أو ذكر بكلمة إن أو متى فأيهما قدم أولا يقع الطلاق ولا ينتظر قدوم الآخر وإن قوله أنت طالق إذا قدم فلان يمين تام لوجود الشرط والجزاء والشرط الثاني لا جزاء له إذا عطف على شرط تعلق بجزائه وتعلق جزاؤه بعينه كأنه قال وإذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطليقة فلذا لو قدما معا لم يقع إلا طلاق واحد وكذا إذا فصل الجزاء بين الشرطين فقال إن قدم فلان فأنت طالق وإذا قدم فلان أيهما سبق وقع ثم لا يقع عند الشرط الثاني شيء إلا أن ينوي أن يقع عند كل واحد تطليقة فيقع أخرى عند الثاني وإن أخر الجزاء فقال إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق لا يقع حتى يقدما لأنه عطف شرطا محضا على شرط لا حكم له ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصار شرطا واحدا فلا يقع إلا بوجودهما لأنه لو وقع بأولهما صار عطفهما على اليمين لا إلى الشرط فقط فإن نوى وقوع الطلاق بأحدهما صحت نيته وبنيته تقديم الجزاء على أحد الشرطين وفيه تغليظ على نفسه فأما إذا عطف بلا واو ثم كان المجموع شرطا واحدا كما في مسألة الكتاب إلا أن ينوي وقوع الطلاق بأحدهما لأنه نوى محتمل كلامه كذا في شرح الزيادات **تنبيه** يشترط في الشرط الاتصال كالاستثناء فعروض اللغو بينه وبين الجزاء فاصل يبطل التعليق وفي الجامع لو قال إن دخلت إن دخلت فأنت طالق يتعلق استحسانا وقال الكرخي ينبغي أن لا يتعلق على قوله لأن الثاني لغو كقوله حر وحر إن شاء الله على قوله والجواب أنه تأكيد بخلاف وحر لأن التأكيد بلغو لا يكون بالواو فإنما يشاكله حر حر إن شاء الله ولا يعتق فيه وأجمعوا أن السكوت واللغو لا يمنعان العطف ما دام في المجلس كذا في الذخيرة لأن العطف مغير فلم يتقرر بخلاف الشرط والاستثناء إذا تعقب الشرط أجزية ليست أيمانا تامة كما ذكرناه من قريب فيعد الكل كما إذا قال أنت طالق وعبده حر إن كلمت فلانا يتعلق كل منهما وعن هذا إذا قال أنت طالق واحدة وثنتين فثلاثا إن دخلت صح التعليق فيتعلق الثلث **قوله** وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين إلى آخره فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث أما عند محمد فلأنها واحدة بها يحل الثلث وأما عندهما فالثلث المعلقة بواسطة ملكه الثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية وإنما تظهر فيما إذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوجت لغيره ثم عادت إلى الأول ثم وجد الشرط فعند محمد تحرم حرمة غليظة وعندهما لا إذ يملك بعد الوقوع ثنتين **قوله** وسنبينه من بعد وهو في بينه إن شاء الله **قوله** ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لما قدمنا من أن منع اليمين إنما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقق الإخافة والظاهر عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لأنه موقوف على التزوج بغيره والظاهر عند التزوج به عدم فراقها وعودها إلى الأول لأنه عقد ليعقد للعمر فلا يكون غير الملك القائم مرادا لعدم تحقق اليمين باعتباره فتقييد الإطلاق به بدلالة حال المتكلم أعني إرادة اليمين وأيضا لو وقع الثلث

ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلثا وان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله
وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف رح انه وجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه
الا انه لا يجب عليه الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد
الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطي لا يخلو
عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لوجود المساس
ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع **فصل في الاستثناء**

عن المحلية له وهنا تحدث محليتها بعد الثاني فصار كالمرتدة تحدث محليتها بالاسلام وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار فجعلت بستانا او حماما لا تبقى اليمين فهذا كذلك بخلاف قوله لعبده ان دخلت فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لان محليته بالرق ولم تزل بالبيع وبخلاف ما اذا طلقها ثنتين والمسئلة بحالها ثم تزوجت بغيره ثم عادت اليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق خلافا لزفر حيث يوقع الواحدة الباقية لانه استفاد حلا جديدا يملك به الثلث لان عدم بقاء اليمين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقتين وكانت باقية حال عودها اليه اهـ وبعض افاضل اصحابنا انه يجب ان لا يقع الا واحدة كقول زفر رح لقولهم المعلق طلقات هذا الملك والفرض ان الباقي من هذا الملك ليس الا واحدة وكان كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال ان دخلت فانت طالق ثلثا فانما تقع واحدة لانه لم يبق في ملكه سواها والجواب ان هذه مشروعة والمعنى ان المعلق طلقات هذا الملك الثلث ما دام ملكه بها فاذا زال بقي المعلق ثلثا مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقائها محلا للطلاق فاذا نجز ثنتين والشك ملك الثلاث فبقي المعلق ثلثا مطلقة وابقيت محليتها لوقوعها وهذا ثابت في تنجيز الثنتين فيقع والله اعلم وبخلاف ما لو قال ان دخلت فانت علي كظهر امي ثم طلقها ثلثا ثم عادت اليه فدخلت حيث يصير مظاهرا لان الظهار تحريم الفعل لا الحل الاصلي الا ان قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود في النكاح اما الطلاق فتحريم الحل وقد فات بتنجيز الطلقات **قوله** ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلث ثم لم يخرجه في الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر اي العقر بهذا اللبث بخلاف ما لو اخرجه ثم ادخله وكذا اذا قال لامته ان جامعتك فانت حرة عتقت بالتقاء الختانين فاذا مكث بعده لا يجب عقر لها وعن ابي يوسف رح انه اوجب العقر في الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فبقي العقر وجه الظاهر ان الجماع الادخال وليس له دوام حتى يكون لدوامه حكم الابتداء بخلاف ما لو اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال الا ان الحد لم يجب لشبهة الاتحاد اي فيه شبهة انه جماع واحد وقد كان اوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له وذلك بالنظر الى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد واذا امتنع الحد وجب المهر لان التصرف في البضع المحترم لا يخلو عن حد زاجر او مهر جابر ولو كان الطلاق المعلق في هذه المسئلة رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لوجود المساس بشهوة وهو القياس ولمحمد ان الدوام ليس بتعرض للبضع على ما مر فلم يوجد سبب مستانف للرجعة بخلاف ما اذا اخرجه ثم ادخل فانه يصير مراجعا بالاجماع وعن محمد رح لو ان رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة فان لبث على ذلك لم ينزع وجب مهران مهر بالوطي ومهر بالعقد وان لم يلبث فلا لان دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد وقد تقدم

فصل في الاستثناء هو بيان بالا واحدى اخواتها ان ما بعدها لم يرد بحكم الصدر وهذا يشمل المتصل والمنقطع صدا سمي المقوم لفظ الاستثناء اصطلاحا على انه متواطئ وعلى انه حقيقة في الاخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز فيه لبعض غيره وهو لكان لبعض الجنس في المتصل وفيه مجاز في المنقطع والاوجه كون الخلاف في ان الاحقيقة في الاخراج لبعض الجنس من الحكم فقط وفيه من غير الجنس ايضا بالتواطي او الاشتراك اللفظي فانه قيد بخلاف معنى لفظ استثناء فانه لا اطلاق يحتمل لا حاجة اليه ويلحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام من اثبات موجبه الا ان الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض وقدم مسئلة ان شاء الله تعالى لمشابهتها الشرط في منع الكل وذكر اداة التعليق لكنه ليس على حقيقته انه منع الى غاية والشرط منع الى نهاية تحققه كما يفيده اكرم بني تميم ان دخلوا واذا لم يورده في بحث التعليقات ولفظ الاستثناء الا توفيقي قال تعالى ولا يستثنون اي لم يقولوا ان شاء الله والمشاركة في الاسم ايضا تحجه ذكره في فصل الاستثناء [illegible] والنكاح [illegible] بايجاب لا في الامر [illegible]

واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق

لو قال اعتقوا عبدي من بعد موتي ان شاء الله لا يعمل الاستثناء فلهم عتقه ولو قال بيعوا عبدي هذا ان شاء الله كان للمأمور بيعه قيل لان الايجاب يقع لازما فيحتاج الى ابطاله بالاستثناء وذكره ليس الا لذلك والامر لا يقع لازما لقدرته على عزله فلا حاجة الى الاستثناء ليجب اعتبار صحته وعن الحلواني كل ما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال نويت صوم غد ان شاء الله له اداؤه بتلك النية ويشترط في صحته تصحيح حروفه وان لم يسمع او ان يسمع يجري فيه الخلاف المتقدم في القراءة في الصلوة **قوله** واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله الخ وكذا اذا قال ان لم يشأ الله او ما شاء الله او فيما شاء الله او الا ان يشاء الله او ان شاء الجن والحائط وكل من لم يوقف له على مشيئته لم يقع اذا كان متصلا فلا يفتقر الى النية حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع وحكي فيه عندنا خلاف قال خلف يقع وقال اسد لا يقع وهو الظاهر من المذهب لان الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا وقال رأيت ابا يوسف رح في النوم فسألته فقال لا يقع فقلت لم قال أرأيت لو قال انت طالق يجري على لسانه او غير طالق كان يقع قلت لا قال كذا وهذا اذا لم يدر ما هو ان شاء الله لما ذكرنا وصار كسكوت البكر اذا زوجها ابوها فسكتت ولا تدري ان السكوت رضى يمضي به العقد عليها وفي خارج المذهب خلاف في النية قيل يشترط نية الاستثناء من اول الكلام وقيل قبل فراغه وقيل ولو بعد فراغه وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصاله به واعلم ان ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولا اسميا فمقتضاه ان تطلق واحدة رجعية لان الذي هو ما شاء الله من الواقع واحدة او ثنتين او ثلثا ولا شك في انت طالق المذكور فصار كقوله انت طالق كيف شاء الله ويحتمل كونها حرفيا اي بمشيئته فلا تطلق فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالمنجز لا يخلو عن نظر وانما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة اذا كان الاظهر كونها المصدرية الظرفية ليترجح تعليقه بالمشيئة لكن الثابت كثرة استعمالها موصولا اسميا نعم لا يقع قضاء ولا ديانة اذا قلنا بتساوي استعماليها واخبر انه اراد الظرف اما اذا لم يكن له نية فينبغي ان يقع وعلمت انه لا يحتاج الى نية اما لو قال ان شاء زيد فهو تمليك منه يعتبر فيه مجلس علمه فان شاء فيه طلقت والا خرج الامر من يده وكذا الا ان يشاء زيد او يريد او يحب او يرضى او يهوى او يرى او الا ان يبدو له غير ذلك تقييد بمجلس العلم ويعتبر في ذلك كله اخبار فلان بلسانه لا مشيئته ورضاه بقلبه لان المشيئة واخواتها امر باطن ولا دليل وهو العبارة فيقام مقامه كذا في شرح الجامع وكذا اذا اضاف المشيئة والثلثة بعدها اليه تعالى بالباء فقال طالق بمشيئة الله وارادته ومحبته ورضاه لا يقع لانه بمعنى التعليق اذ الباء للالصاق والكائن في التعليق الصاق الجزاء بالشرط وان اضاف الاربعة وما بعدها بالباء الى العبد كان تمليكا وان قال بامره او بحكمه او بقضائه او بارادته او بعلمه او بقدرته وقع في الحال سواء اضافه الى الله تعالى او الى العبد لانه يراد به في مثله التنجيز عرفا وان قال بحرف اللام يقع في الوجوه كلها سواء اضافه الى الله تعالى او الى العبد لانه تعليل للايقاع كقوله طالق لدخولك الدار وان قال بحرف في ان اضاف اليه تعالى لا يقع في الوجوه كلها الا في قوله طالق في علم الله تعالى فانه يقع في الحال لان في بمعنى الشرط فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه فلا يقع الا في العلم لانه يذكر للمعلوم وهو واقع ولانه لا يصح نفيه عنه تعالى بحال فكان تعليقا بامر موجود فيكون تنجيزا ولا يلزم القدرة لان المراد منها هنا التقدير وقد يقدر شيئا وقد لا يقدره حتى لو اراد حقيقة قدرته تعالى يقع في الحال كذا في الكافي والاوجه ان يراد العلم على مفهومه واذا كان في علمه تعالى انها طالق فهو فرع تحقق طلاقها وكذا يقول القدرة على مفهومها ولا يقع لان معنى انت طالق في قدرة الله ان في قدرته تعالى وقوعه وذلك لا يستلزم سبق تحققه فيقال للعاجز انك في قدرته تعالى صلاحك مع عدم تحققه في الحال وفيه ايضا وان اضاف الى العبد يقي كان تمليكا في الاربع الاول وما معناها من الهوى والرؤية وتعليقا في ا

لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط

الا واخره ولا يخفى ان ما ذكره في التنجيز بقوله في علم الله يأتي في قوله في ارادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع بخلاف توجيهنا ولو قال طالق واحدة ان شاء الله وثنتين ان لم يشأ الله لم يقع شيء لان الاول لحقه الاستثناء فبطل والثاني باطل لانه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان في تصحيحه ابطاله ولو قال طالق واحدة اليوم ان شاء الله وان لم يشأ الله فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان لانه لو شاء الله تعالى الواحدة في اليوم لطلقها فيه فثبت انه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى الواحدة بخلاف السابقة لان شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعها مع عدم مشيئته تعالى والمسئلتان مذكورتان في النوازل ثم قال في المنتقى لو قال طالق اليوم ثنتين ان شاء الله وان لم يشأ في اليوم فطالق ثلثا فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلثا ووجهه ما بيناه وقال ولو لم يقيد باليوم في اليمينين فهو الى الموت فان لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلثا بلا فصل وقد ظن انه يخالف مسئلة النوازل ثم الجواب ان مسئلة المنتقى تعليق الثلث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبيل الموت اذ لو شاء الله التطليقتين لاوقعهما الزوج وفي مسئلة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله تعالى اياهما فلا يقعان ابدا **قوله** لقوله عليه الصلوة والسلام من حلف بطلاق الخ غريب بهذا اللفظ ومعناه مروي اخرج اصحاب السنن الاربعة من حديث ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى لفظ النسائي ولفظ الترمذي فلا حنث عليه واخرجه احمد والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن غريب وقد روى نافع عن ابن عمر موقوفا وعن سالم عن ابن عمر رض موقوفا ولا نعلم احدا رفعه غير ايوب السختياني وقال اسمعيل بن ابراهيم كان ايوب احيانا يرفعه واحيانا لا يرفعه انتهى هذا كله غير قادح في الرفع لما قدمنا في نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع ثم اعلم ان مالكا رح يقول بوقوع الطلاق مع قوله ان شاء الله والاستدلال بالحديث المروي في اليمين لا يتم في نحو انت طالق ان شاء الله وسنبين ان شاء الله ذلك في كتاب الايمان واما ما اخرج ابن عدي في الكامل عن اسحق بن ابي يحيى الكعبي عن عبد العزيز بن ابي رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لامرأته انت طالق ان شاء الله او لغلامه انت حر ان شاء الله او عليّ المشي الى بيت الله ان شاء الله فلا شيء عليه وهو معلول باسحق هذا ونقل تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان ثم لم يعلم توثيقه عن غيرهما واخرج الدارقطني عن معاذ بن جبل رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق واستثنى فله ثنياه ضعفه عبد الحق لحميد وتعدد طرق الضعيف عندنا وان كان يخرجه الى الحسن اذا لم يكن ضعفه بالوضع لكن هذا القدر من التعدد لا يكفي **قوله** ولانه اتى بصورة الشرط اي بحرفه دون حقيقته لان مشيئة الله تعالى اما ثابتة قطعا او منتفية قطعا فلا تردد في حكمها وما لا يكون كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة وانه اعدام اي التعليق اعدام العلية قبل وجود الشرط **قوله** والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل يشير الى ان التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح كقوله تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط وقال اذا شاب الغراب اتيت اهلي وصار القار كاللبن الحليب وعند ابي يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهذا اخذا بالمعنى وهو اولى وقد نقل الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رح على عكسه وثمرته تظهر فيما اذا قدم الشرط فقال ان شاء الله انت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الابطال وفي شرح المجمع للمصنف عكس هذا وهو غلط واضح بخلاف قوله ان شاء الله فانت طالق وفيما اذا جمع بين يمينين فقال انت طالق ان دخلت الدار وعبدي حر ان كلمت زيدا ان شاء الله فعلى التعليق يعود الى الجملة الثانية فلو كلمت زيدا لا يقع ولو دخلت الدار وقع وعلى الابطال الى الكل لعدم

ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول

الاولوية بالابطال فلو كلمت زيدا او دخلت الدار لا يقع ولو ادخله على الايقاع عين فقال انت طالق وعبدي حر ان شاء الله ينصرف الى الكل فلا تطلق ولا يعتق بالاجماع اما عندهما فلما قلنا من عدم الاولوية بالابطال واما عند ابي يوسف رح فلانه كالشرط والشرط اذا دخل على ايقاعين يتعلقان به وفيما اذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الابطال وفي فتاوى قاضي خان الفتوى على قول ابي يوسف رح الا انه عزى اليه الابطال فتحصل على ان الفتوى على انه ابطال قوله ولو سكت تثبت حكم الكلام الاول اي اذا سكت كثيرا بلا ضرورة بخلاف ما اذا سكت لتنفس وما كان لمنه بجلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل وللفصل اللغو تطلق ثلثا في قوله انت طالق ثلثا ثلثا ان شاء الله عند ابي حنيفة رح خلافا لهما لان التكرار للتاكيد شائع فيحمل عليه كقوله طالق واحدة ان شاء الله وهو يقول قوله وثلثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء فتطلق ثلثا وعلى هذا الخلاف عبده حر حر ان شاء الله ولو قال حر حر بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلا بلا خلاف لظهور التاكيد وقياسه اذا كرر ثلثا بلا واو ان يكون مثله ولو قال عبده حر وعتيق ان شاء الله صح فلا يعتق بخلاف حر وحر لان العطف لتفسير بما يكون بغير لفظ الاول فلا يصح حر لقوله تفسيرا فكان فاصلا بخلاف حر وعتيق ومثل ثلاثا وثلاثا لو قال انت طالق وطالق وطالق ان شاء الله طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة رح وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق اربعا ان شاء الله ولو قال طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله صح الاستثناء اتفاقا لانه ليس لغوا لانه يثبت به تكميل الاول ولو قال ثلثا بوادين او البتة لا يصح الاستثناء في ظاهر الرواية لانه مع الثلث لغو وعن محمد يصح هذا وتراعي خلافهما في الفصل بالذكر القليل فانه ذكر في النوازل لو قال والله لا اكلم فلانا استغفر الله ان شاء الله فهو مستثنى ديانة لا قضاء وفي الفتاوى لو اراد ان يحلف رجلا ويخاف ان يستثني في السر يحلفه ويامره ان يذكر عقيب اليمين موصولا سبحان الله او غيره من الكلام والاوجه ان لا يصح الاستثناء بالفصل بالذكر ولو قال بلسانه ثقل وطال تردده ثم قال ان شاء الله او اراد ان يقول فسد الشان فاه ساعة ثم اطلقه فاستثنى متصلا برفعه صح وعن هشام سالت محمدا عمن قال لامراته انت طالق ثلثا وهو يريد ان يستثني فاسكت فاه قال يلزمه الطلاق قضاء وديانة يعني اذا لم يستثن بعد التخلية ولا يكتفي بذلك الفصل واشتراط الاتصال قول عامة العلماء منهم الاربعة وعن ابن عباس رض جوازه الى سنة وعنه ابدا وقال سعيد بن الخدري و ابن جبير الى اربعة اشهر وعن الحسن البصري تقييده بالمجلس وهو قول الاوزاعي استدلالا بحديث سليمان عليه السلام لاطوفن الليلة على تسعين امراة كل تلد غلاما فقال له صاحبه يعني الملك قل ان شاء الله فنسي الخ فقال صلى الله عليه وسلم لو قالها لقاتلوا اجمعين فلنا يحتمل قول الملك له قبل فراغه وقوله صلى الله عليه وسلم لو قالها يعني متصلا واستدل المطلقون بظواهر منها انه صلى الله عليه وسلم قال في مكة لا يختلى خلاها الحديث فقال له العباس رض الا الاذخر فسكت ثم قال الا الاذخر ومنها انه قال في اسرى بدر لا يفلت احد منهم الا بفداء او ضربة عنق فقال ابن مسعود الا سهيل بن البيضاء فقال عليه الصلاة والسلام الا سهيل بن البيضاء وما اجيب عن هذين بانه كان على جهة النسخ ودفع بانها لا وهي تكون باتصالها بعد ما بما قبلها وليس بلازم لان المقصود الرفع اي رفع الحكم بنفس لفظ القائل بهذا انا بانه وافق الشرع المتجدد في العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الاولى مدلول عليها بها كانه قال لا يختلى خلاها الا الاذخر ومنها ما رواه ابو داود فانه صلى الله عليه وسلم قال والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا ثم سكت ثم قال ان شاء الله ثم لم يغزهم ويجاب بان كونه لم يغزهم لا يدل على انه لم يكفر ولم يحنث وهو صلى الله عليه وسلم قد حلف انه لا يحلف على يمين فيرى غيرها خيرا منها الا اتى التي هي خير وكفر عنها فيجوز ان يرى ان عدم غزوهم خير لم يفعل ما حلف عليه ومنها اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من حلف

فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعا عن الأول قال وكذا إذا ماتت قبل قوله إن شاء الله تعالى لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل

عليه والجواب أنه محمول على الاتصال بالعرف العملي لأن عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله ولو لم يكن في لفظ الحديث ما يدل عليه فكيف ولفظه يدل عليه حيث قال

ثم استثنى فالدالة على التعقيب بلا مهلة من حلف على يمين فقال إن شاء الله ثم لم يوجبه أيضا اللوازم المذكورة في الأصل من أنه يستلزم أن لا يحكم بوقوع طلاق

ولا عتاق ولا إقرار بمال وما لا يحصى من اللوازم الباطلة وبذلك أجاب أبو حنيفة رحمه الله المنصور رضي الله عنه حين شايعه أعداؤه إليه بأنه يرد رأي جده ابن عباس في جواز الاستثناء

المنفصل فقال له ما معناه أن مخالفته فيها تحصين الخلافة عليك ومنع خروج الحالفين لك من الخروج عليك والإجارة لهم أن يستثنوا إذا خرجوا

من عندك ومذهب الشافعي كمذهبنا في أنه إذا قال متصلا بقوله طالق أو حرة إن شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق وقال مالك وأحمد في رواية يقع الطلاق والعتاق

عنه تنجيزا لأنه علقهما بشرط محقق لأنه لو لم يشأ الله كلا من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به وتوضيحه أنه إذا أراد صدور اللفظ عنه فقد شاء الله

صدوره وإن أراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة أنه إذا أصدر اللفظ وجب كل منهما وإن أراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئة قديمة

عند أهل السنة والجماعة فكيف أنها تتجدد وهو محال والحجة لنا ما روينا وبينا من المعنى والجواب عن متمسكهم أنه لم يعلقه بمحقق لأنه لا يمكن الاطلاع على ما في مشيئة الله

تعالى من تخيير أنه أراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله قوله فقد حكمت الشريعة الخ ليس على إطلاقه إذ التعليقات من نحو أنت طالق إن قدم زيد أو دخلت

الدار قد وجد فيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالإجماع وما نحن فيه من هذا القبيل **قوله** فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط الخ إنما نوعه لما ذكرنا أنه على

قول محمد استثناء وعلى قول أبي يوسف تعليق على أحد وجهي النقل عنهما وقريب من الاستثناء لو قال إن شاء أو إن تصدق

بمائة مثلا قال في النوازل هذا قريب من الاستثناء لأن من الأشياء ما ليس له حقيقة وإن المثل للتشبيه ولا يكون في التشبيه إيجاب المال

قال وعندنا هذا إلا أن يريد الإيجاب على نفسه **فروع** طلق أو خالع ثم ادعى استثناء أو شرطا ولا منازع لا إشكال

في أن القول قوله وكذا إذا كذبته المرأة فيه ذكره في الحاوي للإمام محمود البخاري ولو شهدا عليه بأنه طلق أو خالع بغير الاستثناء

أو قالا لم يستثن قبلت وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي فإن لم يشهدا على النفي بل قالا لم نسمع منه غير لفظة

الطلاق والخلع والزوج يدعي الاستثناء ففي المحيط القول قوله وفي فوائد شمس الإسلام الأوزجندي لا تسمع دعوى الاستثناء

إذا عرف الطلاق بالبينة بل إذا عرف بإقراره ومثله إذا قال لعبده أعتقتك أمس وقلت إن شاء الله لا يعتق وفي فتاوى

النسفي لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقتني فالقول لها ولا يصدق الزوج إلا ببينة بخلاف ما لو قال لها قلت لك

أنت طالق إن دخلت فقالت طلقتني منجزا القول قوله وفي الفتاوى الصغرى ذكر الخلع لا تسمع دعوى الاستثناء والطلاق

على ما كالخلع ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الإسلام أبي الحسن أن مشائخنا أجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق أن لا يصدق الزوج إلا ببينة

لأنه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس والذي عندي أن ينظر فإن كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي أن يؤخذ

بما في المحيط من عدم الوقوع لتصديقه وإن عرف بالفسق أو جهل حاله ينبغي أن يؤخذ بقول الآخر لغلبة الفساد في هذا الزمان ثم لو طلق فشهد اثنان أنك

استثنيت وهو غير ذاكر إن كان بحيث إذا غضب لا يدري ما يقول وسعه الأخذ بشهادتهما وإلا لا يأخذ بها **قوله** وكذا إذا ماتت معطوف على قوله وإذا قال

لامرأته أنت طالق إن شاء الله متصلا لم يقع الطلاق قوله والموت ينافي الخ جواب عن مقدر وهو أن الموت ينافي الواقع من الطلاق حتى

لو قال لها أنت طالق أو طالق ثلاثا فماتت قبل الوصف والعدد لا يقع فينبغي أن ينافي الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق أجاب بأن الموت ينافي الموجب

بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال انت طالق ثلثا الا ثنتين طلقت واحدة
والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين
قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل

فيبطل به ديناسب الاستثناء فلا يبطل به **قوله** بخلاف ما اذا مات الزوج قبل الاستثناء وهو يريده وتعلم ارادته بان ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق
وقول من قال تحمل كذبه على الرجل في ذلك اوان يبدوله فيتركه ليس بشيء لانه خلاف الظاهر ولانه يجب تصديقه فيه ثم الواقع الوقوع فحجته هذا
ان كان لاثبات عدم الوقوع فقد خرق الاجماع اذا اكتفي في اثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء والا فلا فائدة له غير اللجاج **قوله** ولو قال الا ثنتين
طلقت واحدة وعن ابي يوسف رح لا يصح الاستثناء لانه استثناء الاكثر وهو قول طائفة من اهل العربية وبه قال احمد رح قالوا لم تتكلم العرب به وقوله
تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون الاكثرون قال تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين
لا دليل فيه لان الاستثناء منقطع اذ المراد بعبادي المخلصين لما اذ استقر استعمال القرآن على ان هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون
قلنا لا نسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التاويل في الآية ممنوع ولو سلم مع ما فيه ففي الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل
يا عبادي كلكم جائع الا من اطعمته يا عبادي كلكم عار الا من كسوته ولو سلم فعدم السماع في تركيب معين لا يستلزم صحة عدم استعماله الا
ترى انه لم يسمع له مائة الا ثمنا وسدس ثمن وسائر الكسور ويجوز استعماله هذا لان الاستثناء بيان ان المستثنى لم يرد بالصدر فحاصل
التركيب من المستثنى والمستثنى منه انه تكلم بالباقي الا جزاء بعد المستثنى وقولهم اخراج من الصدر الخ تجوز لان حقيقة الاخراج متعذرة لانه يستدعي سبق
الدخول فان اعتبر الدخول في التناول فالاستثناء لا يفيد الاخراج منه لانه باق بعد الاستثناء اذ تناول اللفظ بعلة وصفه لتمام المعنى وهي
قائمة مطلقا فلا يتصور الاخراج منها وان اعتبر الدخول في الارادة بالحكم لزم ان يكون كل استثناء نسخا ولزم ان لا يصح في نحو قوله تعالى فلبث
فيهم الف سنة الا خمسين عاما من الاخبارات لان المتكلم يكون انا كاذبا في ارادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع او في الاستثناء ان كان
هو المنفي او ثابتا في احدهما ويستحيلان في حقه تعالى فلزم بالضرورة انه بيان ان ما بعد الا لم يرد بالحكم ثم هل يكون مرادا بالصدر اعني العام
اذ الكل ثم اخرج ثم حكم على الباقي او اريد ابتداء بالصدر ما سوى ما بعد الا والا قرينة خلاف لا يوجب خلافا فيما ذكرنا ان حاصل تركيب الاستثناء تكلم
بالباقي اي حكم عليه وحققنا في الاصول ان معنى القول الاول انه اريد عشرة وحكم على سبعة في قوله علي عشرة الا ثلثة فارادة العشرة بعشرة باق
بعد الحكم والاوجه المذهب الآخر زيادة تكلف ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالته لا يستلزم كون عشرة الا ثلثة اسما مركبا لمعنى سبعة كما نسب الى القاضي الباقلاني
على ان التحقيق ان قوله هو احد المذهبين كما حققناه في الاصول بل مراده ما ذكره المصنف من قوله فلا فرق بين قول القائل علي درهم او عشرة
الا تسعة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال اخرج وفيه معنى المعارضة لاستلزامه في الاخبار ما ذكرنا ونسب الى الشافعية والله اعلم فانهم مصرحون
بانه من المخصصات والتخصيص بيان ان المخصص لم يكن مرادا او قالوه على تاويل بظاهر الالفاظ وهو الظاهر لان مسئلة الاستثناء من النفي اثبات
يوجب القول بالمعارضة لانها توجب حكمين على الثلاثة مثلا في ضمن العشرة بالاثبات وبعد الا بالنفي لكن لا شك في انه بحسب الظاهر لا حقيقة
الاسنادين فيها الا كان تناقضا صريحا فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد الا وترجح الباقي فيجب حمل المرجوح عليه كما هو كل
معارضة ترجح فيها احد المتعارضين فيظهر انه لم يحكم في صدر الا على سبعة **قوله** ولا يصح استثناء الكل من الكل قيل لانه رجوع بعد التقرير وهو لا يجوز
ورد بانه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية لكنه لا يجوز فيه ايضا لو قال اوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح الاستثناء
فالحق انه لغير ذلك وهو ما ذكر في الكتاب من انه لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به وتركيب الاستثناء لم يوضع الا لتكلم بالباقي بعد الثنيا لا النفي

لانه لا يبقى بعده شئ ليصير متكلما به وصار فاصلا الا ان الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل ولو اثبت هذا في الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيتعارض في الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثنتين يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله اعلم

الكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على النص انه لنفي الكل بل يفيد ذلك قوله ليس له شئ من العشرة ونحوه واستقرا استعمالات العرب تفيده وما حكي عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخرجا بغير لفظ الصدر او مساويه كعبيدي احرار الا مماليكي فيعتقون كما صرح به في المبسوط وقاضي خان وزيادات المصنف فلو قال نسائي طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة لا تطلق واحدة منهن وفي البقالي لو قال كل امرأة لي طالق الا هذه وليس له امرأة غيرها لا تطلق وفي الذخيرة لو قال انت طالق ثلثا الا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الثلث عند ابي حنيفة وزفر وعندهما يقع ثنتان وعن ابي يوسف رح يقع واحدة وهو قول زفر رح فكان ابا حنيفة رح يرى توقف صحة الاولى الى ان يظهر انه مستغرق ولا وهما يريان اقتصار صحته على الاولى وابو يوسف في الرواية الاخرى عنه وزفر رح يريان اقتصار صحته على الاولى والثانية وقول ابي حنيفة رح اوجه لان الصدر يتوقف على الاخراج ولو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تعدد يصح معه اخراج شئ ولو قال واحدة وثنتين او ثنتين ثنتين الا ثنتين يقع الثلث وكذا ثنتين وواحدة الا واحدة لانه في الاوليين اخرج الثنتين من الثنتين او الواحدة وفي الثالثة واحدة من واحدة فلا يقع بخلاف ما لو قال طالق واحدة وثنتين الا واحدة حيث تطلق في الثنتين لصحة اخراج الواحدة من الثنتين والاصل ان الاستثناء انما يصرف الى ما يليه واذا تعقب جملا قيد الاخيرة منها وكما قيدنا الطلاق المستغرق بما اذا كان بلفظ الصدر او مساويه كذلك يجب تقييده بما اذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للصدر فان كان صح لانه ذكر في كتاب الولوالجي لو قال انت طالق ثلثا الا ثلثا الا واحدة طلقت واحدة واعلم انه اذا تعدد الاستثناء بلا واو كان الكل اسقاطا مما يليه فيلزم ان كل فرد اسقاط من الصدر وكل شفع جبر له فاذا قال طالق ثلثا الا ثنتين الا واحدة كان الواقع ثنتين لانك اسقطت من الثلاث ثنتين اولا فصار الحاصل واحدة ثم اسقطت من الساقط عن الصدر واحدة فجبر بها الصدر فصار ثنتين فقد اخرج من الثلث المستثناة واحدة فصارت ثنتين ثم اخرجهما من الثلث الصدر فصار الباقي واحدة وهذا بناء على ان الثلث المستثناة من الثلث لم يبطل بل تتوقف الى ان يظهر استثناء منها فيصح او لا فيبطل والله اعلم واصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى الا آل لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امرأته ومن فروعها المعروفة له علي عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ستة الا خمسة الا اربعة الا ثلثة الا اثنين الا واحدة تلزمه خمسة ولو قال ثنتين واربعا الا ثلثا يقع الثلث ذكره القدوري واصله ان الاستثناء تصرف في اللفظ او لا ويستتبع الحكم على ذلك لتقريره لا في الحكم ابتداء فلو وقع اكثر من الثلث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اربعا الا ثنتا يقع واحدة او عشرة الا تسعة طلقت واحدة او خمسا الا واحدة يقع الثلث وفي المنتقى طالق ثلثا وثلثا الا اربعا فيه ثلث عند ابي حنيفة وزفر رح لانه يصير قوله وثلثا فاصلا لغوا فاستثنى الاكثر فيقع الكل وعند ابي يوسف رح يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد رح كانه قال ستا الا اربعا وما ذكر شيخ الاسلام انه ينبغي فان قال عنيت ثنتين من الثلث الاول وثنتين من الثلث الاخيرة يصح الاستثناء والا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر الدليل كذلك الحلوائي في هذه المسئلة ولا في المنتقى ولو قال طالق ثلثا الا واحدة او ثنتين يطالب بالبيان فان مات قبله طلقت واحدة في رواية ابن سماعة عن ابي يوسف رح وهو قول محمد رح وهو الصحيح وفي رواية اخرى ثنتان وما قيل ان هذا يناسب اصل ابي يوسف رح يعني في منع اخراج الاكثر فما لا ينبغي لان تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه نعم هذه الرواية تناسب تلك الرواية ووجه الصحيح انه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة فرع اخراج بعض التطليقة لغو بخلاف ايقاعه فلو قال طالق ثلثا الا نصف

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه

تطليقة دفع الثالث وهو قول محمد وهو المختار وقيل على قول ابي يوسف ثنتان لان التطليقة لا تتجزى في الايقاع فكذا في الاستثناء فكانه قال الا واحدة والجواب انه في الايقاع انما لا تتجزى لمعنى في الموقع وهو لم يوجد في الاستثناء فيتجزى فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلثا

باب طلاق المريض لما فرغ من طلاق الصحيح باقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وكلا وجزءا شرع في بيان طلاق المريض اذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري اذ لا شك ان فهم المراد من لفظ المريض اجلى من فهمه من قولنا معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الاربعة بل ذلك يجري مجرى التعريف بالاخفى **قوله** في مرض موته احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعدما طلقها ثم مات وهي في العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه وقيد بالبائن لان في الرجعي يرثها وترثه في العدة وان طلق في الصحة لقيام النكاح قال ابن المنذر اجمع اهل العلم ان في طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة واجمعوا انه لو طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات احدهما لا يرثه الآخر بالعدة لانها لا ترثه اذا مات بعد انقضائها خلافا لمالك في قوله ترث وان تزوجت بعشرة ازواج ولابن ابي ليلى في قوله ترث ما لم تتزوج وهو قول احمد ويعرف من تقييد الارث بالعدة انه لو طلق امرأته التي لم يدخل بها في مرض مات فيه لا ترث لانها لا عدة عليها من ذلك الطلاق وقيد بغير الرضا لانه لو طلقها برضاها لا ترث ولا بد من قيد كونهما ممن يتوارثان حال الطلاق لان تعلق حقها بماله اذا مرض هو اذ ذاك حتى لو كانت كتابية او احدهما مملوكا وقت الطلاق لا ترث وان اسلمت في العدة قبل موته او عتق بالو قال في مرضه اذا اسلمت فانت طالق بائنا ترثه لانه علق بزمان تعلق حقها بماله واختلفوا فيما اذا دام به المرض اكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة اشهر فعند ابي يوسف ترث وعندهما لا ترث بناء على ان المبانة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تنقضي به العدة عنده حملا على انه حادث في العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه ويتيقن بوضعه براءة الرحم فتنقضي به العدة بعد موته فترث وعندهما لا يحمل على الزنا وان قالته بل على انه من زوج آخر بعد عدة الاول فتبين ان عدتها انقضت قبل موته فلا ترث وسيأتي المسئلة في ثبوت النسب **قوله** وهي السبب اي الزوجية هي السبب في الارث وقد انقطعت بالبينونة ولذا لا يرثها اذا ماتت في العدة فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين ومذهبنا قال عمر وابنه وعثمان رضي الله عنهم وابن مسعود والمغيرة ونقله ابو بكر الرازي ايضا عن علي وابي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ولم يعلم عن صحابي خلافه وهو مذهب النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاؤس وابن شبرمة والثوري وحماد بن ابي سليمان في الارث العلماء لنا الاجماع والقياس اما الاجماع فلان عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ بن زبان الكلبية وقيل بنت عمرو بن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في عدة بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه احد فكان اجماعا وقال الشافعية ولكن ارثت السنة وهذه الرواية اليق مما روي عن عثمان رضي الله عنه انه قال حين ورثها فر من كتاب الله وقد ذكر عن عبد الرحمن انه قال ما فررت من كتاب الله وقول ابن الزبير في خلافته لو كنت انا لم ارثها اراد به لعدم علمي اذ ذاك بان الحكم الشرعي في حقها ذلك وهو بعد انعقاد الاجماع فلا يقدح فيه لا يقال بل على هذا التقدير لم يكن اجماع لانه كان سكوتيا وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر ان سكوته لم يكن وفاقا لانا نقول نعم لو كان اذ ذاك فقيها لكنه لم يكن في ذلك الزمان من الفقهاء اذ لم يعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بفقه والحكم بذلك يتبع ظهور ذلك فخلافه كخلاف ابن عباس رضي الله عنهما في مسئلة العول وقول المالكية كان قضاء عثمان رضي الله عنه بعد العدة معارض بقول الجمهور

بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلاثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها

انه كان فيها واما القياس فعلى الواهب كل ماله او المتبرع لبعض الورثة في مرض موته بجامع ابطال حق بعد تعلقه بماله فيه وهذا لان حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لانه سبب الموت ولهذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة فقد تم القياس بعد الاجماع وهذا القياس لا يتوقف على ظهور قصد الابطال بل هو دائر مع ثبوت الابطال سواء قصده او لم يقصده ولم يخطر له واما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث وصورته يكون قصد ابطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فعلا محرما لغرض فاسد فالحكم ثبوت نقيض مقصوده ولذا اختلف خصوص الثابت في الاصل والفرع فانه في الاصل منع الميراث وفي الفرع ثبوت الميراث وهذا التعليل في طريق الآمدي للمناسب غريب اذ لم يشهد له اصل بالاعتبار بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه في المحل اعني القاتل واما عندنا فقد ثبت اعتباره بالاجماع المذكور وكان مقتضى القياس ان ترث ولو مات بعد تزوجها كقول مالك الا ان اصحابنا رأوا ان اشتراط عمل هذه العلة الامكان وهو بقاء العدة بناء على ان حكم الشرع بالميراث لابد ان يكون لنسب او سبب هو الزوجية والعتق فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع اياها لزم انه اعتبر بقاء النكاح حال الموت وصار ان بقاءه اما بالحكم ببقائه حقيقة او قيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس الا بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها بموته في عدتها والمصنف لم يبين لقياسه اصلا في الالحاق بل قال قصد ابطال حقها ويرد عليه قصده دفعا للضرر عنها ولا يفعل الا ان يكون هناك اصول شتى يمكن الالحاق بكل منها وليس يعرف لرد القصد اصل سوى قاتل المورث ويمكن انه اعتبر اصوله كل من الزم ضرر الطريق غير مبال فانه يرد ذلك عليه الا ان قوله الزوجية سبب ارثها في مرض موته غير جيد لانها سبب ارثها عند موته عن مرض او فجاءة والوجه ان يقول الزوجية سبب تعلق حقها بماله في مرض موته والزوج قصد الى آخره **قوله** بخلاف ما بعد الانقضاء اي انقضاء العدة لانه لا امكان للتوريث اذ لم يبق بقاء شيء من آثار النكاح بعدها على انه روي عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وابي بن كعب ان امرأة الفار ترث ما دامت في العدة ويحكى قول ابي بكر الصديق ترث ما لم تتزوج على قدرة التزوج وهو بانقضاء العدة اي ما لم تقدر عليه **قوله** والزوجية الخ جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اي الزوجية في هذه الحالة اي حالة مرضه ليست سببا لارثه عنها بل في حال مرضها ونقول لو كانت هي المريضة فابانت نفسها بان ارتدت يثبت حكم الفرار في حقها فيرثها الزوج بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لانها بانت بنفس الردة قبل ان تصير مشرفة على الهلاك ولا يعتبر الردة مشرفة عليه لانها لا تقتل **قوله** فيبطل في حقه برفع اللام فيبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها اذا ماتت بخلاف ما اذا ابانها في مرض موته ثم مات حيث ترثه لان الزوجية وان بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية حكما في حقها دفعا للضرر عنها لانه قصد ابطال حقها وضبطه بنصب اللام على انه جواب النفي سهو لانه ينعكس الغرض اذ يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لارثه منها فبطلت ولكنها ليست بسبب فلا يبطل واذا لم يبطل فيجب ان يرثها ولا يقول به احد **قوله** فان طلقها ثلاثا بامرها ليس قيدا بل المقصود ان يطلقها بائنا بامرها ولهذا عطف قوله او قال لها اختاري فاختارت نفسها عليه فان هذا القدر انما يثبت طلقة بائنة وكذا اذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها اما في الاولى فلالتزامها بالعلة واما في الاخريين فلانها باشرت العلة اما في التخيير فظاهر لانه تمليك منها واما في الخلع فلان التزام المال علة العلة لانه شرط الطلاق ومباشرة احد شقي العلة كمباشرتها بخلاف مباشرة بعض العلة فمن فروع ذلك ما لو قال لامرأتيه في مرضه وقد دخل بهما طلقا انفسكما ثلاثا فطلقت كل واحدة نفسها

[illegible] ان ثلاثا للذي ترجيحه [illegible] رحمه الله [illegible] بطلاق صحيح وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا
في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه
بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر فان لها جميع ما اقر به او اوصى به لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة
الاقرار والوصية وجه قولهما في المسألة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه حتى جاز له ان يتزوج اختها فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته
لها ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسألة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسألة الاولى ولابي حنيفة رحمه الله
في المسألتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج
بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام

وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطليق الاولى لا الثانية وورثت الثانية لانها لم تباشر علة الفرقة للاولى لانها المباشرة ولو بدأت الاولى
بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الاخرى كذلك ورثتا لان الواقع على كل منهما طلاق ضرتها لا الطلاق نفسها لخروج الامر من يدها باشتغالها
بطلاق الضرة والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معا طلقتا ولم ترثا لان كلا طلقت بتطليق نفسها ثم
اشتغلت بما لا يفيد من تطليق ضرتها وان طلقتا احدهما بان طلقت نفسها او طلقتها ضرتها وحدها كذلك ثنتان طلقت ولا ترث لانه وجد في حقها طلاق
نفسها وطلاق الوكيل فيضاف الى المالك لانه اقوى وكل ما يصلح علة وقد تعذر الاضافة فيضاف الى المحل كان ليس غيره ولو قال في مرضه طلقا انفسكما
ان شئتما فطلقت احدهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى تطلق الاخرى نفسها وصاحبتها لتعلق التفويض بمشيئتهما فالا فرده كانه قال
طلقا انفسكما ان شئتما طلاقهما بخلاف ما تقدم لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك لو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها +
وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الاولى لا الثانية لان الثانية باشرت آخر وصفي العلة والاولى بعض العلة ولو خرج الكلام منهما معا بانتا
وورثتا لان كلا باشرت بعض العلة بذا كله بشرط المجلس لانه تمليك لو قال في مرضه امركما بيدكما فهو تمليك منهما فلا تنفرد احدهما بالطلاق كمسألة المشيئة سواء
الا انهما اذا اجتمعا على طلاق واحدة منهما يقع وفي قوله ان شئتما لا يقع لانه جعل الرأي اليهما في شيئين فاذا اجتمع رأيهما في شيء صح كما لو وكل رجلين ببيع عبدين
فباع احدهما او هنا كفوض اليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان على ما قبل الشرط ولو قال طلقا انفسكما بالف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي معا
او متعاقبا بانتا بالف يقسم على مهريهما لان الالف مقابل بالبضعين فلا تعتبر قيمته عند الخروج فيقوم بانه وجها عليه لم يرثا لان الفرقة لا تقع الا
بالتزام المال فالتزام كل علة لانه شراء الطلاق فكان كل فعل واحدة علة وفعل الاخرى شرطا والحكم يضاف الى العلة فلذا ابطل الارث ولو طلقتا
احدهما طلقت بحصتها من الالف لانهما مامورتان بطلاقهما فقد اتيا ببعض ما امرتا به ولم ترث لانه وقع بقبولها وان قامتا بطل الامر لانه تمليك
طلاق ببدل فشرط اجتماع رأيهما بخلاف المامورين بالطلاق بلا بدل لانه ينفرد كل منهما بايقاع الامر واذا ابطل الامر في حق نفسها لانه
بطل في حق الاخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافي **قوله** والتاخير اي تاخير عمل الطلاق لحقها وهي قد رضيت بابطاله ولذا حصلت
الفرقة في مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج
فلم يكن جانيا في الفرقة بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلاثا فاجاز الزوج في مرضه حيث ترث لان المبطل للارث اجازته ولو وقعت الفرقة بتمكين
ابن الزوج لا ترث الا ان يكون ابوه امره بذلك فتصير مكرهة لانه بذلك ينتقل اليه فيكون الاب كالمباشر ولو وجدت هذه الاشياء منها في
مرضها ورثها الزوج لكونها فارة وفي الجامع لو فارقته في مرضها بخيار العتق او البلوغ ورثها لانه من جهتها ولذا لم يكن طلاقا وفي الينابيع
جعل هذا قول ابي حنيفة ومحمد وفي الفرقة بسبب الجب والعنة واللعان لا يرثها لانها طلاق فكانت مضافة اليه واورد ينبغي ان لا ترثها اصلا
لانا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة واجيب لما صارت محجورة عن ابطال حقه بقي النكاح
في حق الارث دفعا للضرر عنه اورد القصد بابطال حقه كتعجيل الارث ولا يخفى ان هذا الاعتبار الذي هو مبنى بهذا الجواب يستلزم توريث
امراة الفار اذا مات بعد العدة كما هو قول مالك وفي القنية اكره على طلاقها الثلث لا ترث لعدم قصد الفرار ولو اكرهت على سؤالها الطلاق
ترث **قوله** وان قال لها كنت طلقتك الى قوله فلا تهمة في حق هذه الاحكام لنا مسألتان ما اذا تصادقا في صحته على طلاقه وانقضاء عدتها

قال ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل واصل هذا ان امرأة الفار
تريث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء
وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان
الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات
في ذلك الوجه او قتل دليل على ان لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض
اذا قتل واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار

قبل المرض وبما اذا انشأ طلاقها ثلاثا في مرضه ثم الهاتم اقر لها بمال او اوصى لها بوصية فعند ابي حنيفة رح لها الاقل من الميراث ومن كل من
الوصية والمقر به في الفصلين وقال زفر رح لها تمام الموصى به والمقر به في الفصلين وقالا في الاول كقول زفر وفي الثاني كقول ابي حنيفة رح لزفر ان المانع
من صحة الوصية والاقرار الارث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الاولى وبسؤالها في الثانية فيجب اعتبار وجهيهما قلنا ذلك لو لم تكن
تهمة لكنها ثابتة غير انهما قالا انما هي ثابتة في الثانية لا الاولى وذلك لان ثبوت التهمة به باطن فادير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في
الثانية لا الاولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين والدليل ان مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع انما ينتفي بالتهمة في جواز الشهادة ثابتة
في الاولى حتى جازت شهادة احدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعا وانها صارت اجنبية وعن هذا جاز وضع الزكوة فيها وان تتزوج بآخر من وقت
التصادق ولابي حنيفة ان قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة ايضا نظرا الى تقدم النكاح المفيد للالفة والشفقة وارادة ايصال الخير
اذ لم تجر العادة بالتواضع للزوج بانها اجنبية او لدفع الزكوة او للشهادة فكذا صدقا فيهما الا في حق الورثة وهذه التهمة انما تحقق في حق الورثة لا في حق هذه الاحكام
فتبقى ثم ما تأخذه انما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين وفائدته انه لو توى شيء من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل ولو كان ما تأخذه
بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شيء من التركة ولو طلبت ان تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك لو كان دينا كان ذلك لها
ولو ارادت ان تأخذ عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم ان يعطوها من مال آخر وتعالى فيه برعمها ان ما تأخذه دين ولو اقر لبنيها دينا او خلعها اجنبي
في مرضه ترث وفي جوامع الفقه وكذا لو قال كنت جامعت امك وتزوجتك بغير شهود وقوله ولهذا يدار على النكاح ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر والقرابة
اي قرابة الولاد فلا يقبل من الولد وان سفل لابيه وجده ولا الاب والجد لابنه وابن ابنه وفي الغاية ينبغي ان ينظر ان كان جرى بينهما
خصومة وتركت خدمتها في مرضه فذاك يدل على عدم المواضعة والاحسان اليها فحينئذ لا تهمة في الاقرار لها والوصية وان كان في كل حال المبالغة
وبالغتها في خدمته ينبغي ان لا يصح اقراره ووصيته للتهمة وقاسه على ما في الذخيرة فيما اذا قالت لك امرأة غيري او تزوجت علي فقال
كل امرأة لي طالق فانه قال تقيد الاولى بحكم الحال ان كان قد جرت بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها ايضا وان لم يكن
كذلك لا يقع قال السروجي فمقتضى ما ذكر من تحكيم الحال هنا كان يحكم هنا انتهى وقد يفرق بان حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها تزوجت علي ونحوه اذا
اقترن بالمشاجرة اما هنا فلا اذ الايصاء بما هو اكثر من الميراث ظاهر في ان تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها والا لم يرض لها ظاهرا الحاصل ان
الظاهر بذلك التواضع ايضا على اظهار الخصومة والتشاجر وكثيرا ما يفعل ذلك اهل الحيل للاغراض قوله ومن كان محصورا الخ الحاصل ان مبنى الفرار
على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده وغلبة الهلاك يكون حال عدم المرض كما يكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقديم لاجل
والقتل قصاصا او في سفينة فتلاطمت الامواج وخيف الغرق او انكسرت وبقي على لوح او افترسه سبع فبقي في فمه بخلاف ما اذا كان محصورا
في حصن او في صف القتال او محبوسا للقتل او نازلا في مسبعة او في مخيف من العدو او راكب سفينة دون ما قلنا والمرأة في جميع ذلك كالرجل
فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرنا من احوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد ورثها على ما بيناه آنفا والحامل لا تكون
فارة الا في حال الطلق وقال مالك رح اذا تم لها ستة اشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة في كل ساعة قلنا المناط ما يخاف منه الهلاك

انه حتى تثبت صفة الاتصاف [illegible] ثم ترث وان كان القول في المرض [illegible] في قوله اذا دخلت الدار [illegible] او رفعها الى القاضي
[illegible] او بفعل المرأة [illegible] اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما [illegible] فان كان التعليق [illegible]
[illegible] او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر وكل التعليق والشرط في المرض [illegible] لان القصد الى الفرار تحقق منه بمباشرة التعليق في حال
[illegible] كل التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط [illegible] كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط
[illegible] قصد فلا يرد تصرفه اما الوجه الثالث [illegible] فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض والفعل مما له منه بد او لا بد له
[illegible] الايطال اما التعليق او مباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد [illegible] دفعا للضرر عنها واما الوجه الرابع
[illegible] فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد كـكلام زيد ونحوه لم ترث [illegible] بذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام وصلاة الظهر وكلام
الابوين ترث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او العقبى ولا رضا مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض ان كان الفعل مما لها
منه بد فلا اشكال انه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رح وهو قول زفر رح لانه لم يوجد من الزوج صنع بعدما تعلق
حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رح ترث لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له

والانخاف منه الا في الطلق وتوجيه بالمرض قيل ان لا يقدر ان يقوم الا ان يقام وقيل اذا خطا ثلث خطوات من غير ان يهادى فصحيح والا
فمريض وضعف بان المريض جدا لا يعجز ان يتكلف لهذا القدر وقيل ان لا يقدر ان يمشي الا ان يهادى وقيل ان لا يقوم بحوائجه في البيت
كما يعتاده الاصحاء وان كان يتكلف الذي يقضيها فيه وهو يشتكي لانه لا يكون خارج الا ان لانسان قلما يخلو عنه فاما من يذهب ويجيء ويحم فسلا
وهو الصحيح فاما اذا امكنه القيام بها في البيت لا في خارجه فالصحيح انه هذا في حق الرجل اما المرأة فاذا لم يمكنها الصعود الى السطح فهي مريضة
والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد ما به فهو غالب الهلاك والا فكالصحيح وبه يفتي برهان الائمة والصدر الشهيد وقيل ان ما يرجى برأه
بالتداوي فكالمريض والا وقيل ما كان يزداد ابدا الا ان كان يزداد تارة وينقل اخرى لو قرب للقتل فطلق ثم خلى سبيله او حبس ثم قتل او مات فهو كالمريض
ترثه لانه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالي بكونه بغير ما اعلن قوله وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت له حكم الفرار فتقتضي الحاق
حالة الطلاق للحامل والمبارزة بحالة الصحة الا ان يبرز لمن علم انه ليس من اقرانه فالاولى ان يعلق بما هو في حكم مرض الموت بما يخاف منه الهلاك غالبا
كما ذكره في المرض على ان غالبا يتعلق بالخوف وان لم يكن الواقع عليه الهلاك غالبا واما في حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الاصحاء حكم المرض
فقال الشافعية نعم ولم اره لمشائخنا **قوله** فانت طالق اي طالق بائن لان الفرار يثبت به لا بالرجعي والله الموفق **قوله** اما ان يعلق الطلاق الخ ضبطه
اما ان يعلقه بفعل احد او لا الثاني التعليق بنحو مجيء الغد والاول اما بفعل نفسه او غيره وهو اما المرأة او اجنبي والكل على وجهين اما ان يكون
التعليق مع وقوع الشرط في المرض والشرط فقط ففي التعليق بفعل الاجنبي ومجيء الوقت ان كانا في المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق في حال
تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رح ترث لان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكان ايقاعا في المرض
ولنا ان المعلق السابق يصير تطليقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا يعني لا يسلم قوله زفر رح انه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ولذا لو كان مجنونا عند
الشرط وقع ولو حلف بهذا التعليق لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث فلو كان تطليقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع في الاول وحنث في الثاني ولانه
لم يكن فارا بالتعليق في الصحة وبعده لم يوجد منه صنع في وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الاجنبي ومجيء الوقت فلا يكون ظالما واما في التعليق
بفعل نفسه فترث على كل حال وان كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الابطال اما بالتعليق ان كان في المرض او لمباشرة الشرط
ان كان التعليق في الصحة وكون الشرط لا بد منه غاية ما يوجب اضطراره والاضطرار من جانب الفاعل لا ينفي الضمان كمن اضطر الى اكل مال الغير
او اتلفه نائما او مخطئا يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم وحقها صار معصوما بمرضه فاضطراره الى ابطاله لا يرد عليه تصرفه الا ان هذا حكم الفرار مع
عدم الفرار وما كان موجب الميراث الا الفرار ولا فرار مع عدم القصد وقوله وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد يعطي
ان المنظور اليه في اثبات حكم الفرار اذا كان الشرط لا بد منه التعليق ويستلزم ان لا يثبت الفرار الا ان يكون التعليق في المرض لكن ثبوت الفرار مع
كون الشرط لا بد منه في حالتي كون التعليق في المرض والصحة وعلى الثاني لا يستقيم النظر الى التعليق في اثبات الفرار لانه ليس في حال تعلق
حقها ويمكن ان يقال هذا اضطرار جاء منه حيث علق بما لا بد منه مع علمه بورود اسباب الموت فانه لا اضطراره الى الشرط بفعله وكان حال التعليق راضيا
بالشرط اذ انما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه واما التعليق بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد لم ترث
قوله لانها راضية بذلك اي بالطلاق لان الرضا بالشرط رضا بالمشروط اورد عليه ما لو قال احد الشريكين في العبد لشريكه ان ضربته فهو حر

كما إذا أكره قال وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر ترث لأنه قصد الفرار حين أوقعه في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة
الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وإن لم
ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهلية الإرث إذ المرتد لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون الأهلية وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية لأن المحرمية لا تنافي الإرث
وهو الباقي بخلاف ما إذا طاوعت في حال قيام النكاح لأنها أثبتت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن
قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد لا ترث وإن كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه إذ هي ملجأة
إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وإن آلى امرأته وهو صحيح ثم بانت بالإيلاء وهو مريض لم ترث وإن كان الإيلاء أيضا في المرض ورثت لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق
بمضي أربعة أشهر خال عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال رضي الله تعالى عنه والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به

فضربه يضمن ولا يضمن الضارب تضمين الحالف فقد رضي بالشرط ولم يجعل ذلك هنا للمشيئة إجابة في النهاية بما حاصله إنما يكون رضا بالشرط إذا لم يكن مضطرا إلى فعل الشرط لكنه مضطر في مسئلة الإعتاق فإنها موضوعة فيما إذا كان أحد الشريكين قال إن لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه إن ضربته فهو حر فضربه فللضارب تضمين الحالف لأنه مضطر إلى فعل الشرط وفعل الشرط مضطرا لا يدل على الرضا وأجاب في الكافي بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس لشبهة العدوان فيبطل بما له شبهة الرضا ولا كذلك الضمان فإنه قد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفى لنفي حكم الفرار وإن كان الفعل مما لا بد لها منه كأكل الطعام والصلاة الواجبة وكلام الأبوين ومنه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود والتنفس فلها الميراث لأنها مضطرة في المباشرة **قوله** كما في الإكراه بأن أكره إنسانا على إتلاف مال ضمن المكره تلافيا حتى يضمن فينتقل الفعل إليه فكذا هذا أو كفعل القاضي ينتقل إلى الشاهدين حتى يضمنا إذا رجعا لأنه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق كذا في مبسوط فخر الإسلام الصحيح ما قاله محمد **قوله** فلا يصير الزوج فارا يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص إنما يتحقق شرعا بالإبانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق إلا في مرض موته وقد ظهر خلافه أو نقول هو بطلاقه فار لكن الفرار إنما يؤثر الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة **قوله** ولو طلقها أي بائنا ثلاثا أو غيره في مرضه وهذا لأنه فرع على هذا الطلاق نفس مسئلة المطاوعة وقال إنها ترث ولا يتفرع إرثها عليه إلا إذا طاوعت بعد البائن لأنها لو طاوعت بعد الرجعي لا ترث كما لو طاوعت حال قيام النكاح **قوله** لم ترث بخلاف النفقة فإنها بالردة تسقط ثم بالإسلام تعود لأنها مع **قوله** لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي بعد ذلك الطلاق ولم يوجد ما يزيله لأن المحرمية لا تنافي الإرث بل تثبت معه كما في الأم والبنت فإنما تنافي النكاح خاصة فيبقى الإرث لعدم المزيل فمرجع ضمير وهو الباقي الإرث **قوله** في حال قيام النكاح أي حالة المرض **قوله** فتكون راضية ببطلان السبب وهو النكاح وذلك رضى ببطلان المسبب **قوله** لتقدمها عليها أي لتقدم الحرمة على المطاوعة لحصولها بالطلاق السابق عليها **قوله** وقد بينا الوجه فيه وهو قوله لأنها مضطرة في المباشرة أي مباشرة الشرط ولا رضاء مع الاضطرار كذا قيل والأوجه كونه قوله بعد ذلك لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه الخ لأن الأول ذكره في صورة ما إذا كان التعليق والشرط في المرض وما ذكرنا ذكره في صورة ما إذا كان التعليق والشرط في المرض وهو الموازن لما نحن فيه فإن القذف لما كان في الصحة واللعان في المرض **قوله** إذ هي ملجأة إلى الخصومة ظاهر في أن الملحق بفعلها الشرط الذي لا بد لها منه هو خصومتها أي مطالبتها بموجب القذف لأنه يندفع العار ولو جعل لعانها صح أيضا إذ هي ملجأة إليه من قبله إذ لعانه يلجئها إلى لعانها لا يقال هو أيضا ملجأ إلى لعانه من قبلها لأن الإلجاء في الكل يعود إليه لأنه ألجأها إلى الخصومة واثر ما لعانه فكان لعانه منسوبا إلى اختياره فهي وإن باشرت لعانه آخر جزئي مدار الفرقة وهو المتمسك به محمد يعني لأن لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها إليه وقيل في وجه قول محمد إن الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بماله ولا يخفى أنه سبب بعيد ثم قيل على الأول إن سبب الفرقة قضاء القاضي لا اللعان وأجيب بأن الملجئ للقاضي إلى الحكم والحكم لا يستند إلا إلى الشهادة واللعان هو الشهادة الملجئة **قوله** فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت كأنه قال في صحته إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق فمضت في مرضه ثم مات فيه لا ترث كما لو علق في صحته بأمر سماوي ووجد الشرط في المرض لا يكون فارا وأورد عليه أن الإيلاء في الصحة ليس مثل التعليق بمجيء الوقت بل نظيره ما لو وكل في صحته بالطلاق وطلقها الوكيل في المرض كان فارا لأنه متمكن من عزله فإذا لم يعزله كان فارا كذا هو متمكن من

في جميع الوجوه لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطي فكان السبب قائما وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه

من ابطال الايلاء في المرض بالفيء فاذا لم يفعل ينبغي ان يكون فارا اجيب بالفرق بانه لا يتمكن من ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فان الفيء باللسان لا يجوز اذا كان الايلاء في حال الصحة بل اذا كان في حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل

قوله في جميع الوجوه اي سواء كان الطلاق بسوالها او لا او كان التعليق بفعلها او بفعله والفعل مما لها منه بد او لم يكن لا يستثنى من عمومه الا قيام العدة فانه مشروط فيها جميعا **تذنيب** قال صحيح لموطوئتيه احدكما طالق ثلثا ثم بين في مرضه في احدهما صار فارا بالبيان وترث لانه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بالارث فيرد عليه قصده كما لو انشاء فجعل انشاء في حق الارث للتهمة ولو ماتت احدهما قبله ثم مات بقيت الاخرى ولم ترث لانه بيان حكمي فانتفت التهمة عنه كما لو علق في صحته بمجيء راس الشهر فجاء وهو مريض لا ترث لانه بيان حكمي بخلاف ما قبلها لانها تعينت للطلاق بفعله فترث كما لو علق في صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط في المرض فان كان له امراة اخرى غير الثنتين فلهما نصف الارث اذ لا يزاحمها الا امراة واحدة لان احدهما مطلقة بيقين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما في الاستحقاق ولو ماتت التي بين طلاقها قبل موته لم ترثه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانها بخروجها عن اهلية الارث بالموت وكان الارث للاخرى لان التعيين دون الانشاء ولو انشاء في مرضه ثم ماتت المطلقة كان جميع الارث للاخرى ههنا ولو كانت له امراة اخرى كان بينهما نصفين وان ماتت الاخرى وبقيت التي بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الارث لان البيان انما ابطل صيانة لحقها الثابت ظاهرا وحقها الثابت ظاهرا وقت البيان النصف فلم ترد عليه وهذا لانها منكوحة من وجه دون وجه فانما تستحق النصف حتى لو كان معه امراة اخرى كان لها الربع وثلثة الارباع للمراة الاخرى لانا انما ابطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها في الربع وكان للمعينة الربع ولان الاخرى منكوحة من كل وجه فتستحق كل الارث وهي منكوحة من وجه فتستحق نصفه فسلم النصف للاخرى بلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما فان لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت احدهما لاقل من سنتين فهو ليس ببيان او بقي الزوج على خياره لان العلوق يحتمل كونه بوطي قبل الطلاق وذا لا يصح بيانا فلا يكون بيانا بالشك اذ لا يقع الطلاق بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق فان نفى الزوج هذا الولد امر بالبيان فان قال عنيت عند الايقاع التي لم تلد يلاعن غير التي ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالام لانه قذف منكوحته وان قال عنيت التي ولدت يحد لانه لما كان مراده وقت الايقاع التي ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين انه قذف اجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان فان قال لم اعن عند الايقاع احدا ولكن اريد المبهم التي ولدت لا يحد لانه قذف منكوحة لان الطلاق يقع عند وقت التعيين ولا يلاعن ايضا لان شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر وان ولدت لاكثر من سنتين من وقت الايقاع تعينت الاخرى المطلاق لتيقننا بالوطي بعد الطلاق وحكم الشرع ثبوت النسب منه حكم بكون الوطي منه ضرورة والوطي بعد الطلاق المبهم بيان اجماعا وتعينت التي ولدت للنكاح فان نفى الولد لاعن ولا يقطع النسب عنه لان حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه فان ولدت احدهما لاقل من سنتين من وقت الايقاع والاخرى ولدت لاكثر من سنتين تعينت صاحبة الاقل للطلاق لان وطيها لا يصلح بيانا ووطي صاحبة الاكثر يصلح بيانا وهذا لان المولود لاكثر

باب الرجعة

واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى انه سمي امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة

من سنتين حصل اليقين بعد الطلاق اليوم بيقين ان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين اما علوق الاخرى فمشكوك فيه فلا يكون بيانا وعدة صاحبة الاقل تنقضي بوضع الحمل ان كان بين الولادتين وبين ولادة صاحبة الاكثر بعدها اقل من ستة اشهر لتيقننا ان علوق صاحبة الاكثر ووطئها كان قبل ولادة صاحبة الاقل وقبل الولادة هي حامل وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل وان كان بينهما ستة اشهر فصاعدا فعدة صاحبة الاقل بالحيض لاحتمال وطء ان صاحبة الاكثر كان بعد ولادة صاحبة الاقل ثم اذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطا ولو قال الزوج لم اطأ صاحبة الاقل او لا طلقت صاحبة الاكثر باقراره ولا يصدق في صرف الطلاق عن صاحبة الاقل فطلقتا كمن قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة اخرى بهذا الاسم وعنيتها طلقتا وان ولدت كل واحدة لاكثر من سنتين من وقت الايقاع وبين الولادتين يوم او اكثر فولادة الاولى تكون بيانا للطلاق في الاخرى فاذا ولدت الاخرى بعده لا تحول الطلاق الواقع عليها الى غيرها وصار كما اذا وطئ احداهما ثم الاخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخرا كذا هنا ويثبت نسب الولدين اما ولد الاولى فظاهر وكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها ثم قبل علوق الاولى تنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل ولو قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق ثلاثا فولدت لدا ثم ولدا آخر لستة اشهر فصاعدا ثبت نسب الولد الثاني منه ايضا وتنقضي به العدة لانا حكمنا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق حال قيام الزوجية قائمة وبيانه انه يحتمل انه وطئها قبل ولادة الولد الاول ثم لم يصل الماء الى رحمها لانسداد فمه فلما وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء اليه فخلق الولد الثاني قبل وقوع الثلاث لان تلك الحال حال تنزل الماء الشيء في زوال غير نازل فيثبت النسب احتياطا لا فيتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل ولا يجب العقر لانا جعلناه معلقا حال قيام النكاح والله اعلم

باب الرجعة وجه المناسبة في تعقيب الطلاق بالرجعة ان الرجعة متعقبة للطلاق اذ لا رجعة الا بعد الطلاق يقال رجع الى اهله ورجعة الى بلده اي عودة قال الله تعالى فان رجعك الله الى طائفة منهم ويقال في مصدره والثلاثي رجوعا ورجعا ومرجعا والرجعى من الرجعة بكسر الراء وربما قالوا الى الله رجعاك **قوله** رجعية الرجعي تطليق المدخول بها بما دون الثلاث بلا مال او بانت اثنتين ان كانت امة بصريح الطلاق غير الموصوف بالشدة او بعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم في الكنايات واما تقييده بالالفاظ الثلاثة فلا لما قدمنا من الكنايات رجعية غير ما تقدم شيء من هذه فليس جميع الثلاث غالب الكنايات بلا مال كالواحدة على مال وقبل الدخول لانها لا عدة لها قبله فلا تتصور الرجعة والحصر والتشبه مستدرك على ما في النهاية وغيرها **قوله** لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف بعد قوله اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ثم قوله فاذا بلغن اجلهن والمراد بلوغ الاجل قرب انقضاء العدة اي مقاربة انقضاء عدتهن للاجماع على ان لا رجعة بعد الانقضاء ففي الآية دليل على قيام النكاح لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل ودليل على الرجعة قبل الدلالة لان الامر مطلق في التقدير بقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لانه تعالى جعله احق منها بالرجعة وان ابت هي اذ ابوا وحكمته استدراك الزوج ما وقع منه من التفريط في حقه من النكاح لا الغير ولانه لا غيره وهو واقع منه في اشتراط العدة اذ لا يكون بعدها العلة وهو ما يدل على قيام النكاح ايضا وقد ينافي باب ايقاع الطلاق ان اطلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لان الرد يصدق في حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وان لم يكن زال بعد كما يقال رد البائع المبيع في بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب فتعارضنا كان حمل الرد على ذلك على انه مجاز محافظة على حقيقة البعل اولى من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الرد لتأيد ارادة حقيقة البعل بجعل الرجعة امساكا في قوله تعالى فامسكوهن بمعروف وتقول يمكن المحافظة على الحقيقتين يكون المراد بالرد الرد الى الحالة الاولى التي كونها بحيث لا تحرم بعد مضي العدة فلا اشكال في ح ايضا

قوله ولا بد من قيام العدة لان الرجعة امساك على الوجه الذي كان او لا وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء المدة ولا ملك بعد العدة ليستدام وكانه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الاطلاق بالنسبة الى رضاها وعدمه كذلك بالنسبة الى قيام العدة وعدمها اجاب بان اشتراط قيامها ضروري لما قلنا **قوله** بلعرج

يختلف بين الائمة قال وان وطئها او قبلها او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة فهي رجعة عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به

الفاظ الرجعة صريح وكناية فالصريح راجعتك في حال خطابها وراجعت امرأتي حال غيبتها وحضورها ايضا ومن الصريح ارتجعتك ورجعتك ورددتك وامسكتك وفي المحيط امسكتك بمنزلة امسكتها فبهذه يصير مراجعا بلا نية وفي بعض المواضع يشترط في رددتك ذكر الصلة فيقول الي او الى نكاحي او الى عصمتي ولا يشترط في الارتجاع والمراجعة وهو حسن لان مطلقه يستعمل لضد القبول ومن الكنايات انت عندي كما كنت وانت امرأتي فلا يصير مراجعا الا بالنية لان حقيقته تصدق على ارادته باعتبار الميراث واختلفوا في الامساك والنكاح والتزويج فلو تزوجها في العدة لا يكون رجعة عند ابي حنيفة رح وعند محمد رح هو رجعة وعن ابي يوسف رح روايتان قال ابو جعفر نقول بقول محمد رح ناخذ وفي الينابيع عليه الفتوى وكذا في القنية وجه قول ابي حنيفة رح ان تزوج الزوجة ملغى فلا يعتبر ما في ضمنه قلنا نحن لا نعتبره باعتبار ما في ضمنه بل باعتبار لفظ التزوج مجازا في معنى الامساك وفي الذخيرة لو قال راجعتك بمهر الف درهم ان قبلت صح والا فلا لانها زيادة في المهر فيشترط قبولها وفي المرغيناني والحلوائي قال راجعتك على الف قال ابو بكر لا يجب الالف ولا يصير زيادة في المهر كما في الاقالة **قوله** لا خلاف فيه بين الائمة كانه لم يعتبر احد قول مالك خلافا لانه ذكر في الجواهر في حصول الرجعة براجعتك بلا نية قولان لمالك كما في نكاح الهازل **قوله** او يقبلها او يلمسها بشهوة يحتمل كون الشهوة قيدا في اللمس لا فيهما لانه افرد النظر الى الفرج بقيد الشهوة فلو كان من غرضه التشريك في القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل وفي المبسوط والذخيرة التقبيل بشهوة والنظر الى داخل فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد التقبيل في الكتاب اما النظر الى دبرها فليس برجعة على قياس قول ابي حنيفة رح وفي البدائع وهو قول محمد رح المرجوع اليه وفي بعض المواضع يكره التقبيل واللمس بغير شهوة فدل انهما لا يكونان رجعة وفي الخلاصة اجمعوا على انه لو لمسها او قبلها بشهوة او لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قولهم في الاستدلال ان الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة انما تقوم بفعل يختص بالنكاح اي يختص حكمه به يفيد عدم اشتراطها لان القبلة مطلقا يختص حكمها به بخلاف المس والنظر فانهما لا اختصاص بهما الا اذا كانا عن شهوة لما ذكر فلا يكونان عن غير شهوة دليلا ولا يكون النظر بشهوة الى غير داخل الفرج منها رجعة هذا ولا فرق بين كون القبلة واللمس والنظر منها او منه في كونه رجعة اذا كان ما صدر منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقا وان كان اختلاسا منها بان كان نائما مثلا او مكرها او لقاها وهو كره او معتوه ذكر شيخ الاسلام وشمس الائمة على ان قول ابي حنيفة رح ومحمد رح تثبت الرجعة خلافا لابي يوسف رح انتهى وعن محمد رح كقول ابي يوسف رح وذكر ان ابا يوسف مع ابي حنيفة رح وجه الاول الاعتبار بالمصاهرة فلا فرق في ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها او منه وكذا اذا ادخلت فرجه في فرجها وهو نائم او مجنون كانت رجعة اتفاقا كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع اذا فعلت بالبائع ذلك في مدة الخيار ينفسخ البيع وابو يوسف رح فرق بان اسقاط الخيار قد يكون بفعلها كما اذا جنت على نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قط وعن ابي يوسف رح ايضا انه قال في الجارية لا يسقط الخيار بفعلها بهذا اذا صدقها الزوج في الشهوة فان انكر لا تثبت الرجعة وكذا ان مات فصدقتها الورثة ولا تقبل البينة على الشهوة لانها غيب كذا في الخلاصة ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة الا عند زفر رح وابي يوسف رح في رواية وتكره المسافرة بها الكراهة خروجها من المنزل وعن ابي حنيفة رح لا يكره ويأتي الكلام في ذلك **قوله** مع القدرة احتراز عن الاخرس ومعتقل اللسان **قوله** لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح الخ الحاصل ان الخلاف هنا مبني على ان الرجعة سبب استدامة الملك القائم او سبب استحداث لحل الزائل قلنا بالاول وقال الثاني فعلى يبتنى حل الوطء وحرمته فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه وانما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها وعنده انشاء النكاح من وجه لبقائه من وجه فتثبت الحرمة احتياطا وعلى هذا ينبني ان الاشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول الخ لانه انشاء النكاح من وجه كذا في التحفة **قوله** على ما بيناه يعني قوله الا ترى انه سمى امساكا **قوله** وسنقرره اي في آخر هذا الباب وهو قوله ولنا انها اي الزوجية قائمة الخ وهناك نتكلم عليه **قوله** كما في اسقاط الخيار تحصيل بالفعل المختص بالملك كمن باع امته على انه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء مدته يكون دليلا على استدامة ملكه فيها فيسقط خياره فكما ان سقوط الخيار باستدامة ملك الرقبة يثبت بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل اولى لان البيع معه يزيل الملك الى ثلاثة ايام والطلاق يزيله الى ثلاث حيض فكان اضعف في زوال الملك

خصوصا في حق الحرة بخلاف النظر والمس بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح كالقابلة والطبيب وغيرهما والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها
قال ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين فإن لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه لا تصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم والأمر للإيجاب ولنا إطلاق النصوص عن قيد الإشهاد ولأنه استدامة
للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الإيلاء إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب أن يعلمها كيلا تقع
في المعصية وإذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وإن كذبته فالقول قولها لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال فكان متهما إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبي حنيفة وهي مسألة
الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة وقالا تصح الرجعة لأنها صادفت العدة إذ هي باقية ظاهرا إلى أن تخبر
وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولأبي حنيفة أنها صادفت حالة الانقضاء لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك على سبق
الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسألة الطلاق على الخلاف ولو كان على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به

من التابعين وبقولنا قال كثير من الفقهاء قال ابن المنذر الجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والأوزاعي والثوري
وابن أبي ليلى وجابر بن زيد والشعبي وسليمان التيمي وقال مالك وإسحاق إن أراد به الرجعة فهو رجعة **قوله** خصوصا في الحرة فإنه لا سبب لحلها فيها بالمس إلا النكاح بخلاف الأمة
فإنها تحل فيها بأمرين **قوله** غيرهما كالخاتنة والشاهد على الزنا **قوله** فلو كان النظر إلى غير الفرج رجعة لطلقها ثانيا فإن مقصوده الطلاق وهذا التنبيه بتعليق النظر
إلى دبرها لا يكون رجعة به صرح في نكاح الزيادات واختلفوا في الوطء في الدبر أشار القدوري إلى أنه ليس رجعة والفتوى على أنه رجعة إذ هو مس بشهوة
وزيادة ولا ترتفع الرجعة بعد ثبوتها ورجعة المجنون بالفعل ولا تصح بالقول قيل بالعكس وقيل بهما ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال وطئتها وأنكرت له الرجعة ولو قال لم
أدخل بها لا رجعة له عليها وتعليق الرجعة بالشرط وإضافتها إلى وقت في المستقبل باطل كالنكاح والمستحب أن يراجع بالقول وفي الينابيع الرجعة سنية وبدعية فالسنية
بالقول شهد له **قوله** وقول مالك المذكور في كتبهم أنها تصح بلا إشهاد وأنه مندوب إليه كقولنا فكان ما ذكره المصنف رواية عنه وكذا المنسوب إلى الشافعي رحمه الله قول غير معمول
عند أصحابه فإنه قال في المبسوط وفي الجديد للشافعي والإشهاد مستحب وفي الروضة لهم ليس بشرط على الأظهر **قوله** ولنا إطلاق النصوص في الرجعة من غير شرط الإشهاد
كقوله تعالى الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما
أن يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها فهذه النصوص ساكتة عن قيد الإشهاد فاشتراطه إثبات بلا دليل وما تلي فليس دليلا عليه إذ الأمر فيه
للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ثم أمر بالإشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في حالتين ثم أمر بالإشهاد
على كل منهما بلفظ واحد هو قوله وأشهدوا ولفظ الأمر الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازي كالندب فإذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم
أن يراد به أيضا ذلك بالنسبة إلى الآخر وإلا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازي وهو ممنوع عندنا وقد ثبتت إرادة الندب بالنسبة إلى المفارقة فلزم إرادته أيضا بالنسبة
إلى المراجعة فيكون الندب المراد به شاملا لهما وهذا على قولنا أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتهض هذا عليه إلا بانتهاض الأصل المذكور وقد بيناه على وجه بديع
فيما كتبناه في الأصول ومع هذا التقرير لا حاجة إلى إيراد أن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم فكيف قلتم به ولا الاشتغال بجوابه فليتأمل أصلا **قوله** كيلا تقع
في المعصية قيل عليه المعصية بدون علمها بالرجعة وهو قوله بأنها إذا تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الأمر واستشكل من حيث إن هذا إيجاب للسؤال
عليها وإثبات المعصية بالعمل بالظاهر عندها وليس السؤال إلا لدفع ما هو متوهم الوجود وبعد تحقق عدمه فيعذر إن علامة أيامها إذ هو أيضا المثل فلذلك كان مستحبا لا أنه تقصير
في خالص حقه فلذا إعلامها يكون مستحبا كالإشهاد في النكاح كذلك لو راجعها ولم يعلمها فتزوجت بآخر فهي امرأة الأول دخل بها الثاني أو لا **قوله** وإذا انقضت العدة الخ
هنا مسائل الأولى إذا لم يظهر رجعتها في العدة حتى انقضت فقال بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الإنشاء
فأما أن تكون المرأة أمة أو حرة وكل منهما إما أن تصدقه أو تكذبه ففي الحرة إن صدقته تثبت الرجعة لأن النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى وإن كذبته لا تثبت
لأنه أخبر الخبر بمجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه فيه بمجرد دعوى ملك في وقت لا يملك إنشاءه فيه لا يجوز قبوله إلا مع البينة المدعي
ما إذا كان ذلك في وقت يملك فيه إنشاءه وكان يقول في العدة كنت راجعتك أمس تثبت وإن كذبته لأنه ليس متهما فيه لتمكنه من أن ينشئه في الحال
إن كانت البينة متهما فيه كالوكيل إذا أخبر قبل العزل ببيع العين يصدق لملكه الإنشاء وبعد بلوغه العزل لو أخبر ببيعه سابقا وكذبه المالك لا يقبل قوله إلا ببينة
لأنه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك ثم لا تحلف المرأة إذا كذبته بل تذهب لحالها بلا يمين عند أبي حنيفة رحمه الله وهي إحدى الأشياء الستة التي لا يمين فيها عنده وفي
الأمة إن كذبته وصدقه المولى فالقول لها عند أبي حنيفة خلافا لهما وإن صدقته وكذبه المولى فعنده القول للمولى واختلف في قول أبي حنيفة والصحيح أنه

وإذا قال الزوج بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى لأن بضعها مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعنده القول قول المولى وكذا عندهما في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عنده ولا يظهر ملكه مع العدة

وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل

قولها وسيأتي وجه الأقوال في الكتاب فإنه فصل بين قوله للحرة وبين قوله للأمة بالمسألة الثانية وهي إذا قال قبل الانقضاء فلنوضحه فنقول أما المسألة الثانية فإن قالت مجيبة انقضت عدتي موصولا لا تثبت الرجعة اتفاقا لأنها متهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور وقيل يجب أن تحمل على أقرب حال للمتكلم وذلك حال سكوتها فيضاف إليه وهو بعد ثبوت الرجعة أمكن وإن قالته موصولا بكلامه لا تثبت عند أبي حنيفة ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله تثبت الرجعة إلا أن ادعت أنها ولدت وثبت ذلك وعندهما تصح الرجعة لأنه أنشأها حال قيام العدة وظاهر البقاء ظاهرا لم تقر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال طلقتك فقالت مجيبة انقضت عدتي تقع بها طلقة أخرى وأبو حنيفة رحمه الله يمنع قيامها حال كلامه لأنها أمينة في الإخبار شرعا فوجب قبول إخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح كما لا يقع الطلاق في قوله أنت طالق مع انقضاء عدتك على هذا والمتفق أن يخرج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتي ينبغي أن لا تثبت الرجعة ومسألة الطلاق المقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عنده وقيل والأصح أنه يقع لأنه مؤاخذ بإقراره بالوقوع في حق نفسه ولا يخفى أن هذا إنشاء وليس بإخبار ليكون إقرارا فإذا أظهر إنشاء في وقت لا يصح ينبغي أن لا يقع نعم لو عرف أن مقتضى الفقه كون القاطع عدتي حال الانقضاء أو حال لا اعتبار بذلك بل وقع للزوج لأنه مقر على نفسه والأوجه فيها أو على صحته أن طلقتك بحصول تلك الحالة ظاهر في الإخبار والإنشاء محتمل الأول أن أجبتك بالعكس فإن لم يسلم هذا فالتعويل على المنع ويستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذه وبين الرجعة حيث لم يستحلف عنده أنه لم يراجعها في العدة أن لزوم اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزوج والاحتباس في منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الأشياء الستة فإن بذلها لا يجوز ثم إذا نكلت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة (قوله وإن قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عنده وقالا القول للمولى لأنه أقر بما هو خالص حقه وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح ولا يخفى قيام الفرق بين إقراره عليها بالنكاح وإقراره بأن الزوج راجعها في العدة لأنه يثبت بالنكاح حال غيبتها وعدم إذنها فيقبل إقراره بخلاف إقراره بتصديق الزوج في دعوى الرجعة وهو يقول إن حكم الرجعة وهو الصحة وعدمها ينبني على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمينة فيها مصدقة في الإخبار بالانقضاء والبقاء فالقول قولها فيها أصلا فكذا فيما ينبني عليها وفيه نظر إذ لا أثر يحكم به العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونه قولها فيما ينبني عليها إلا أن ترجع إلى الوجود وقولها في العدة قول بأن تدعي فيها ثبوتها أو انقضاءها فتثبت الرجعة وعدمها إلا أن ذلك أن كون القول قولها فيما يثبت لا أصل إن القول لها في المستلزم للعدة وأما في الرجعة ابتداء كما هو هنا فإنها لم تدع في العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها وإنما ادعى في حال الانقضاء أنه راجعها قبل الانقضاء وهي منكرة أن يكون ذلك فعل فلا يقبل عليها (قوله ولو كان على القلب) بأن كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى بالاتفاق (قوله في الصحيح) احتراز عما في الينابيع أنه على الخلاف أيضا وقال بعض أصحابنا لا يقضي بشيء حتى يتفق المولى والأمة ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة إلا إذا اتفقا وليس أن لا يقضي بالرجعة ولا بعدمها وفي المبسوط لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح ووجه الفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن الأمة هنا منقضية العدة في الحال ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة ولا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول وهو ما إذا كذبته وصدقه المولى لأنه بالتصديق مقر بقيام العدة عند الرجعة إذ لا ملك له مع العدة (قوله وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به دون غيرها

(٣) والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته
ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه
مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه

وإن قبل جاز ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضي بها فإن قضى جاز ونفذ ولو كان عدلا فقبل الولاية ففسق بعد بأخذ
الرشوة وغيرها من أسباب الفسق لا ينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا البخاريون
والسمرقنديون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل إذا ولي عدلا ثم فسق انعزل لأن
عدالته في معنى المشروط في ولايته لأنه حين ولاه عدلا اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها وأجيب
أنه لا يلزم ذلك الانعزال فإن الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما إذا قال له إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيها
وإذا وصلت إلى مكة فأنت أمير الموسم والإضافة بأن يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر ويستثنى منها كما يقول
جعلتك قاضيا إلا في قضية فلان أو لا تنظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك إذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحيته
تقييدها به على وجه يزول بزواله فلا ينعزل وبهذا التقرير اندفع المورد ومن أن البقاء أسهل من الابتداء وفي الابتداء
تجوز ولاية الفاسق ففي البقاء لا ينعزل والفتوى في الإمارة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لأنها مبنية على القهر
والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الإمارة وإضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث الناس إلى مؤتة وأمر عليهم زيد بن حارثة
إن قتل زيد فجعفر أميركم وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي
ثم الرشوة أربعة أقسام منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة ثم لا يصير قاضيا
الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان
بحق أو بباطل أما في الحق فلأنه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه وأما في الباطل فأظهر وحكي في الفصول في نفاذ
قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الأئمة لا ينفذ فيهما
ينفذ فيهما وهو ما ذكره البزدوي رحمه الله وهو حسن لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب
العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده
يعني والقضاء عمل لله تعالى وإذا ارتشى القاضي فقضى أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء إذا كان بعلمه ولا فرق
بين أن يرتشي ثم يقضي أو يقضي ثم يرتشي وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث إلى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني
لأن الأول عمل في هذا لنفسه حين أخذ الرشوة وإنما كتب إلى الثاني ليسمع الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب
صح حكم المكتوب إليه والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلد احتسابا في أنه ينفذ قضاؤه وإن كان لا يحل طلب
الولاية بالشفعاء والثالث أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ
لا الدافع وحيلة حلها للآخذ أن يستأجره يوما إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب إلى
السلطان للأمر الفلاني وفي الأقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالإهداء
للتودد وحرام من الجانبين كالإهداء ليعينه على الظلم وحلال من جانب المهدي حرام على الآخذ وهو أن يهدي

وقال بعض المشائخ رحمهم الله اذا قلّد الفاسق ابتداءً يصح ولو قلّد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلِّد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد الفاسق حذار النسبة الى الخطأ واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله عليه وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه

ليكف عنه الظلم والحيلة ان يستأجره الى آخره وقال هذا اذا كان فيه شرط اما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم يقينا انه انما يهدي ليعينه عند السلطان فمشايخنا على انه لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود رضي من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه او ماله حلال للدافع حرام على الآخذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز اخذ المال لفعل الواجب وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقد ظهرت خيانته للدين وقيل يستفتى لانه يجتهد كل الجهد حذار ان ينسبه فقهاء عصره الى الخطأ واما الثاني وهو اشتراط اهلية الاجتهاد فالصحيح انها ليست شرطا للولاية بل الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا ويحكم بفتوى غيره خلافا للشافعي ومالك واحمد رحمهم الله وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره ومقصود القضاء وهو ايصال الحق الى مستحقه ودفع الظلم يحصل به فاشتراطه ضائع فالمراد بالعلم ليس القطع بصوابه بل بالظن منه المجتهد فانه لا قطع في مسائل الفقه واذا قضى بقول مجتهد فيه فقد حصل ذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال اجتهد رأيي لا يلزم اشتراطه وانما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة في زمنه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا عن الغزالي توجيه خلافه فيتقيد في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن مجتهدا فليس بشيء فانه عليه الصلاة والسلام دعا له بان يهدي الله قلبه ويثبت لسانه فان كان بهذا الدعاء رزق اهلية الاجتهاد فلا اشكال والا فقد حصل المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا الخير ثابت في غيره وسنذكر سند حديث علي رضي الله عنه واعلم ان ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي الا المجتهد وقد استقر رأي الاصوليين على ان المفتي هو المجتهد فاما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه اذا سئل ان يذكر قول المجتهد كابي حنيفة رضي الله عنه على جهة الحكاية فعرف ان ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي وطريق نقله كذلك عن المجتهد احد امرين اما ان يكون له سند فيه اليه او يأخذ من كتاب معروف تداولته الايدي نحو كتب محمد بن الحسن رحمه الله ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم او المشهور هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها الى محمد ولا الى ابي يوسف لانها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا

وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله عليه السلام من قلد إنسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

للأقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتي به بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه أنه الأصوب ذكره في بعض الجوامع وعندي أنه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكي قولا منها فإن المقلد له أن يقلد أي مجتهد شاء فإذا ذكر أحدها فقلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسألتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة رحمه الله حكم هذا كذا نعم لو حكى الكل فالأخذ بما يقع في قلبه أنه أصوب أولى والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطائه وعلى هذا إذا استفتى فقيهين أعني مجتهدين فاختلفا عليه الأولى أن يأخذ بما يميل إليه قلبه منهما وعندي أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل إليه قلبه جاز لأن ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ وقالوا المنتقل من مذهب إلى مذهب باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان أولى ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لأن العامي ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال إنما تتحقق في حكم مسألة خاصة قلد فيه وعمل به وإلا فقوله قلدت أبا حنيفة رحمه الله فيما أفتى به من المسائل مثلا والتزمت العمل به على الإجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد ووعد به كأنه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع فإن أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بإلزامه نفسه ذلك قولا أو نية شرعا بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج إليه بقوله تعالى فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ إذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عمله به والغالب أن مثل هذه إلزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص وإلا أخذ العامي في كل مسألة بقول مجتهد أخف عليه وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل والعقل فكون الإنسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن أمته والله سبحانه أعلم بالصواب **قوله** وينبغي للمقلد وهو من له ولاية التقليد أن يختار من هو أقدر وأولى لديانته وعفته وقوته دون غيره ويرزقه من بيت المال ولا بأس للقاضي أن يأخذه وإن كان غنيا شرعا وإن احتسب فهو أفضل والأصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم إذا عمل الوصي ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف وذكر عن عمر رضي الله عنه أنه كان يرزق سلمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لأنه فرغ نفسه لعمل المسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا وكان عمر رضي الله عنه رزق شريحا كل شهر مائة درهم وزرقه علي خمسمائة وذلك لقلة عياله في زمن عمر رضي الله عنه ورخص السعر وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه وغلاء السعر فرزق القاضي لا يقدر بشيء لأنه ليس بأجر لأنه لا يحل على القضاء وإنما يختار الأولى بقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحاكم في المستدرك عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى لله تعالى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال صحيح الإسناد وتعقب بحسين بن قيس

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة
بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة مع ذلك يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتني عليها
قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه ان يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف

لانه ضعيف وضعفه العقيلي وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضه واخرجه الطبراني من غير هذا الطريق
حسين نا عن ابن عباس رضه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من امر المسلمين شيئا فاستعمل رجلا وهو يعلم
ان فيهم من هو اولى بذلك واعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين
وروى ابو يعلى الموصلي في مسنده وعن حذيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل استعمل رجلا على عشرة انفس
وعلم ان في العشرة من هو افضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان
الذي نصبه الخليفة واطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل خراجها واطلق له التصرف
فان له ان يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من ان لا يصرح له بالمنع او يعلم ذلك بعرفهم فان نائب الشام و
حلب في ديارنا اطلق لهم التصرف في الرعية والخراج فيولون القضاة ويعزلون ولو ولى الحكم الموصلي ثم
جاء كتاب السلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان فمن في التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة
فان السلطان اذا امر عبده على ناحية وامره بنصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه قوله وفي
حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصل ذلك الكلام ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه
ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين القولين ان
على الاول نسبته الى معرفة الحديث اكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم ان المصرح على الاول كونه يعرف معاني الآثار
والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطات الاحكام الدالة عليها الفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس
مع معارضة النص وقد وقع التصريح بانهما قولان ولا شك في ذلك لانهما متضادان لان كونه ادرى بالحديث من الفقه
يضاد كونه ادرى بالفقه من الحديث وانت تعلم ان المجتهد يحتاج الى الامرين جميعا وهي تحرزه من القياس في معارضة
النص ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس فالوجه ان يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويمتنع عن القياس
بخلاف النص والحاصل ان يعلم الكتاب والسنة باقسامهما من عباراتهما واشاراتهما ودلالتهما واقتضائهما وباقي الاقسام
وناسخهما ومنسوخهما ومناطات احكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع واقوال
الصحابة لانه قد يقدمه على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله وقيل ان يكون له
صاحب قريحة الخ فهذا القيد لا بد منه في المجتهد فمن اتقن هذه الجملة فهو اهل للاجتهاد فيجب عليه ان يعمل باجتهاده وهو
ان يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الادلة ولا يقلد احدا قوله ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق
بنفسه ان يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم تقلدوا ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف اما ان الصحابة تقلدوا
فحديث معاذ معروف وكذا علي رضي الله عنهما كرواية ابي داود عن علي رضه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه
وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ترسلني وانا حديث السن ولا علم لي

وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه ثم قوله ... **فصل** فيما تحل به المطلقة وإذا كان الطلاق
بائنا دون الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب
ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل
قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف

ان المبطل عمل الابانة من وقت وجوده وان مسافرته بها كانت باجنبية كما يقتضي تقرر كراهة المسافرة على تقدير ما اذا لم يراجعها بعد ذلك في العدة كذلك تقتضي حرمة الخلوة
بها ان لم يكن قصده الرجعة ويقتضي انه لو راجعها صارت راجعة وان المبطل لم يعمل اصلا فيتبين ان الخلوة والمسافرة لم تكونا باجنبية والدليل على ان عمله من وقت وجوده
احتساب الاقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة فلو كان المبطل مقتصرا على انقضائها لم تحتسب ولاحتيج الى عدة مستانفة والاوجه تحريم السفر مطلقا لاطلاق
النص في منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم المراجعة بالنص على التقدم ولزوم ظهور ان الخلوة باجنبية غير ضائر اذ حالة تحققها كانت
زوجته يباح مساكنتها فيما يباح من الزوجة **قوله** وذلك يعني استبداده به يؤذن بكونه استدامة لا انشاء والدليل ينافيه اي دليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة
بغير رضاها ينافيه اي ينافي الانشاء لانه لو كان انشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج الى رضا المرأة واذنها والشهود والولي عند من يوجبهما احتياطا وما
يدل على بقاء الزوجية في الرجعة من كل وجه قد مر في اول الباب من النصوص فارجع اليه **قوله** وان القاطع الخ جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان الزوجية زائلة لوجود القاطع
قلنا نعم وجد ولكن أخر عمله اجماعا الا ان الاجماع على ان الرجعة تثبت بلا رضاها يفيد ان عمله وهو القطع متأخر ونقول أخر عمله نظرا للزوج على ما تقدم من ان حق الرجعة ثبت نظرا لل
زوج **فصل** فيما تحل به المطلقة لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره **قوله** لان حل المحلية تركيب غير صحيح والصحيح ان يقال لان حل المحل باق ولان
الحلية باقية وهذا لان المحلية هي كون الشيء محلا ولا معنى لنسبة الحل اليها اذ لا معنى لحل كونها محلا **قوله** لان زواله مرجع الضمير الحل وضمير فينعدم الزوال **قوله**
ومنع الغير جواب عن مقدر وهو المتبادر من العبارة ان يقال ما الفرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوج لا لغيره فاجاب بلزوم اشتباه النسب
في الاجنبي دون الزوج وهو سهل وقد يقرر هكذا المنع في العدة عام بالنص قال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج
تزوجها في العدة وحاصل هذا الاستشكال الاطلاق للزوج في العدة وعموم النص بمنعه والاول طلب الفرق قلنا عمومه في ضمير تعزموا في العدة خص
منها العدة من الزوج نفسه بالاجماع فيلزم تخصيصه من العموم الاول وحكمة شرعية العدة في الاصل ان لا يشتبه النسب ولا اشتباه في اطلاقه اي اطلاق صاحب
العدة عن ذلك لتبين لان الماء ماؤه فلذلك جاء الاجماع على اطلاقه واطلق وليس هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص اعني الاجماع لان الصغيرة والآيسة لا اشتباه
في حقهما مع عدم اطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من اطلاقه وعدم المانع لا يعلل به لكن المعنى انه لم يجمع مع المانع بل هو منتف فجاز الاجماع ولسائل ان العدة
بعلة الحاجة الى رفع الاشتباه فوجود الحاجة الى الدفع مقتض لثبوت العدة المانع من التزوج ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة الى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع
من عدمها الا انه وجد المقتضي للعدم لان العلة لا تؤثر في العكس يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم اعني وجود العلة مع عدمها في الآيسة والصغيرة
بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن اما بعلة اخرى اما ان يكون اظهارا لخطر المحل
او اما انه حيث منع عن ورود ملك الاستمتاع عليه مدة ليتعلق الراغب بخلاف ما لو اطلق مطلقا كان اظهر خطره مرة اخرى باشتراط جمع الناس لشهود ويدام ليتاع عليها
او هي فيهما تعبد محض لم يكن اخراجهما من حكم العدة مع النص عليهما وفي غيرهما معلل بها قلنا ثبتت العدة مطلقا تعبدية **قوله** وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة
او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره الخ لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها او غير مدخول بها لصريح اطلاق النص وقد وقع في بعض
الكتب ان في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والاجماع لا يحل لمسلم رآه ان ينقله فضلا عن ان يعتبره لان في نقله
اشاعته وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الامر فيه ولا يخفى ان مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوات شرطه من عدم مخالفة الكتاب والاجماع نعوذ بالله
من الزيغ والضلال والامر فيه ... مختارات النوازل ... **قوله** والمراد الطلقة الثالثة لقوله تعالى فان طلقها

يحمل الحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطي حملاً للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر روي بروايات

الطلقة الثالثة لانه ذكرها عقيب الطلقتين في القرآن حيث قال الطلاق مرتان ثم قال فان طلقها اي الثالثة هذا قول الجمهور وذهبت طائفة الى ان الثالثة هي قوله او تسريح باحسان فان ابا رزين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عرفت الطلقتين في القرآن فاين الثالثة فقال في قوله او تسريح باحسان كذا في المبسوط وكان المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة انه وقع بلفظ التسريح او بقوله تعالى فان طلقها اذ لا يمكن الخلاف في ان المراد بقوله فان طلقها الثالثة لانه عقبها بقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحق ان المراد بالتسريح الثالثة ولا تكرار فان الثاني ذكر شرطا لاعطاء حكم الثالثة والاول ذكر للبيان ابتداء شرعية الثالثة وحاصله انه يقال شرعها ثالثا ورتب على الثالثة حكما وبين ذلك فقيل له الطلاق مرتان ثم بعدهما اما امساك بمعروف او تسريح بثالثة باحسان فان طلقها الثالثة اختيارا لاحد الامرين الجائزين له فحكمه انه لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فيحصل ان كليهما مراد به الثالثة **قوله** يحمل الحلية فيه مثل ما سبق **قوله** ثم الغاية اي غاية عدم الحل الثابت بقوله تعالى فلا تحل له هو الزوج الثابت بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهي امة ثم ملكها او ثلاثا الحرة فارتدت ولحقت ثم سبيت فملكها لا تحل له وطيها بملك اليمين حتى يزوجها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها **قوله** والزوجية مطلقا وكذا الزوج مطلقا انما تثبت بنكاح صحيح لان المطلق ينصرف الى الكامل او لانه المتبادر عند اطلاقه خصوصا اذا كان مضافا الى المستقبل دون ما في النكاح الفاسد بخلافه مضافا الى الماضي لان المراد في الاول التحصن والاعفاف وهو لا يحصل الا بالصحيح وفي الثاني صدق الاخبار وهو يحصل بالتزوج فاسدا فلذا حنث في يمينه لم تزوج بالفاسد لا في حلفه لا يتزوج **قوله** وشرط الدخول ثبت باشارة النص الخ لا يخفى ان على تقدير حمله على الوطي انما يثبت بعبارة النص لانه مقصود بالسوق **قوله** حملا للكلام على الافادة دون الاعادة يعني ان الاعادة لازم على تقدير حمل لفظ تنكح على العقد لان اسم الزوج يتضمن اعادته لدلالته عليه التزاما بخلاف ما اذا حملناه على الوطي وان كان تجوزا بالنسبة الى المرأة اذ هو مجاز بنسبته اليها اريد به التمكين من حقيقته لا حقيقته فان المجاز في الكلام اكثر من الاعادة بهذا الوجه على العموم ووجه آخر على انه هو ان في حمله على العقد مجازين النكاح في العقد مجاز فان حقيقته الوطي والزوج في الاجنبي مجاز باعتبار الاول وعلى الوطي مجاز واحد وهو النكاح في التمكين والزوج حقيقة **قوله** او يزاد على النص بالحديث المشهور هذا انما يتصور اذا اريد بلفظ تنكح في النص العقد لا على ارادة الوطي فيه **قوله** روي بروايات روى الجماعة من حديث عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل ان يواقعها اتحل لزوجها الاول قال لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الاول وروى الجماعة الا ابا داود عن عائشة رضي الله عنها جاءت امرأة رفاعة القرظي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فبت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير بفتح الزاي لا غير وانما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اتريدين ان ترجعي الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وفي لفظ في الصحيحين انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات وفي لفظ للبخاري كذبت والله يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لانفضها نفض الاديم ولكنها ناشز تريد ان ترجع الى رفاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان كان كذلك لم تحل له حتى يذوق من عسيلتك قال وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها فقال صلى الله عليه وسلم بنوك هؤلاء قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لهذا اوانت تزعمين ما تزعمين فوالله لهم اشبه به من الغراب بالغراب وفي الموطأ كذا انا مالك عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعة بن سموال طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الرحمن بن الزبير فلم يستطع ان يمسها ففارقها فاراد رفاعة ان ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة ووقع في معجم الطبراني عكس ما في الصحيح عن عائشة رضي كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها فتزوجها رفاعة رجل من بني قريظة ثم فارقها الحديث وفيه فقال رسول الله

والاختلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رضي الله عنه. وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ، والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال
قيد زائد. والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص، ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه، وفسره في الجامع الصغير
وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأة وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الاول، ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي، وانما وجب الغسل عليها لالتقاء
الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها، اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا. **قال** ووطء المولى امته لا يحلها لان الغاية
نكاح الزوج، واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له

يا تميمة لا ترجعي الى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره قال لم يروه عن ابي اسحق الا سليمة ابو الفضل **قوله** لا خلاف لاحد فيه من اهل السنة والمراد الخلاف
العالي سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة قائلين بقوله واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه
قوله لا ينفذ لمخالفة الحديث المشهور قال الصدر الشهيد من افتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين انتهى وفيه ان شرعيته في الكتاب غاية الزوج
حتى لا يسرع الى كثرة الطلاق عوملت بما يبغض حين عمل ابغض المباح **قوله** والشرط الايلاج بقيد كونه عن قوة نفسه وان كان ملفوفا بخرقة اذا كان يجد لذة حرارة
المحل فلو اولج الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها الا ان انتعش وعمل والصغير الذي لا يجامع مثله لا يحلها لانه لا يجد لذة اصلا بخلاف
من في آلته فتور واولج فيها حتى التقى الختانان فانها تحل به وخرج المجبوب الذي لم يبق له شيء يولج في محل الحل اي محل الختان فلا يحل بسحقه حتى تحبل وفي المبسوط
في رواية ابي حفص ان كان المجبوب لا ينزل لا يحل ولا يثبت نسب الولد منه لانه اذا جف ماؤه صار كالصبي او دونه ودخل الخصي الذي تشتهيه يجامع مثلها وفي التجريد
لو كان مجبوبا لم يحل فان حبلت وولدت حلت للاول عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله وفي الخلاصة لو كان مشلولا وجامعها حلت عند ابي يوسف خلافا لزفر رحمه الله
والمحل يشترط كونه في المحل بيقين حتى لو جامعها وهي مفضاة لا تحل ما لم تحبل ولو تزوج صغيرة لا يوطأ مثلها فطلقها زوجها ثلاثا فوطئها هذا الزوج فافضاها لا تحل له
وان كانت يوطأ مثلها حلت وان افضاها **قوله** دون الانزال خلافا للحسن البصري لا يحل عنده حتى ينزل الثاني حملا للعسيلة عليه ومنعها بانها تصدق معه
وجود الايلاج وانما هو كمال وفي مسند احمد انه صلى الله عليه وسلم قال العسيلة هي الجماع انتهى فحيث صدق مسمى الجماع يثبت فيه الا ان في سنده ابن عبد الملك المكي
مجهول **قوله** وهو الشرط بالنص فيه نظر اذ لو كان هو الشرط ليس غيره لحلت بدخول الصغير الذي لا يجامع مثله لكنها لا تحل به لانه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة
من الجانبين فلا بد من كون الزوج ممن يلتذ ايضا وسواء كان حرا او عبدا تزوج باذن المولى عاقلا او مجنونا اذا كان يجامع مثله مسلما او ذميا في الذمية
حتى يحلها لزوجها المسلم ولو تزوجت عبدا بغير اذن سيده فدخل بها ثم اجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للاول حتى يطأها بعد الاجازة
وتحل بوطء الزوج في الحيض والنفاس والاحرام وان كان حراما رجل طلق زوجته فاشترى عبدا صغيرا ابن عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها اياه فقبلت انفسخ
النكاح وحلت للزوج **قوله** وفسره اي فسر الصبي المراهق في الجامع فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع وفي المنافع المراهق الداني من البلوغ وقيل الذي تتحرك
آلته ويشتهي الجماع وفي فوائد شمس الائمة انه مقدر بعشر سنين ولا تنس ما اسلفناه في باب الاولياء والاكفاء من اشتراط الزوج كفؤا على رواية الحسن عن ابي حنيفة
اذا كانت زوجت نفسها منه وهو قول ابي يوسف رحمه الله وهو المختار للفتوى في زماننا على هذه الرواية لو زوجت الحرة نفسها عبدا لا تحل للاول بدخوله **قوله** ووطء
المولى لا يحلها لزوجها لما قدمناه من ان غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى بزوج **قوله** بشرط التحليل بان يقول تزوجتك على ان احللك له وتقول هي فهو
مكروه كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له اما لو نوياه ولم يقولاه فلا عبرة به ويكون الرجل مأجورا لقصده الاصلاح
والحديث المذكور روي من حديث ابن مسعود وعلي وجابر وعقبة بن عامر وابي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم اجمعين وفي التخريج عن بعضهم يكفينا فعن ابن مسعود
رواه الترمذي والنسائي من غير وجه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له وصححه الترمذي وفي حديث عقبة كذا قال صلى الله عليه وسلم الا اخبركم بالتيس
المستعار قالوا بلى يا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابن ماجه قال عبد الحق اسناده حسن وقال الترمذي في علله الكبرى
الليث بن سعد ما اراه سمع من مشرح بن هاعان شيئا ولا روى عنه ودفع بان قوله في الاسناد قال لي ابو مصعب مشرح يرد ذلك وسواه الدارقطني سنده عن
ابي صالح كاتب الليث عن الليث به ولذلك حسنه عبد الحق فانه رواه من جهة الدارقطني والا فالحديث صحيح عند ابن ماجه لان شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان ذكره

وهذا هو محمل فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف رحمه الله انه يفسد النكاح
لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد رحمه الله انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره
الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج
الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلث كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلث

ابن يونس في تاريخ المصريين واثنى عليه بعلم وضبط وابوه عثمان بن صالح المصري ثقة اخرج له البخاري في صحيحه ووثقه ابن القطان ونقل عن ابن معين انه
وثقه والعلة التي ذكرها ابن ابي حاتم لم يعرج عليها ابن القطان ولا غيره وقال الزيلعي في التخريج المصنف استدل بهذا الحديث على كراهية النكاح المشروط به التحليل وظاهره
التحريم كما هو مذهب احمد لكن يقال لما سماه محللا دل على صحة النكاح لان المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا انتهى وظاهره انه اعتراض ثم جوابه الا ان الاعتراض
منشاؤه عدم معرفة اصطلاح اصحابنا وذلك انهم لا يطلقون اسم الحرام الا على منع ثبت بقطعي فاذا ثبت بظني يكره تحريما وهو مع ذلك سبب للعقاب واما الجواب
بكلامه فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك اذ قد يحكم بالصحة مع لزوم الاثم في العبادات فضلا عن غيرها خصوصا على ما يعطيه كلامه من تسمية المنع الثابت
بظني حراما **قوله** وهذا اي المحلل الشارط هو محمل الحديث لان عمومه وهو المحلل مطلقا غير مراد اجماعا والاشمل المتزوج بنية التحليل رغبة **قوله** لانه في معنى الموقت والموقت
في معنى المتعة وهو المتعة على ما حققناه فيفسد فلا يحلها وتسميته محللا لا يستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا او طالبا للحل ولانه ملعون وعقد النكاح نعمة
ولو كان صحيحا لم يلعن عليه ويؤيده ما في مستدرك الحاكم جاء رجل الى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها اخ له ليحلها لاخيه هل تحل للاول قال لا الا نكاح رغبة كنا
نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصححه قلنا كونه في معنى الموقت ممنوع اذ تعيين نهاية الوطي لا يستلزم تعيين وقته لان الوطي قد يكون في ليلة الخلوة او بعد
جمعة او شهر فلا توقيت صريح ولا معنى وحقيقة المحلل مثبت الحل لا من قام به مجرد طلبه واللعنة على مباشرة من الوجه الممنوع وقول ابن عمر لم يرفعه حتى يعارض الحديث
وقوله كنا نعده سفاحا لا يستلزم انهم كانوا لا يحكمون بحلها للاول لصدقه مع ثبوت الحرمة **قوله** لانه استعجل حاصله ان المفسد وهو التوقيت منتف لانه ليس توقيتا
والغرض هو حلها له تخلف لانه استعجله بطريق محظور كقاتل المورث لا ان هذا القياس معارض للنص وهو قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحل كان ثابتا
ثم اعترض منه مغيا بنكاح زوج فعند وجود الغاية ينتهي المنع المغيا فيثبت ما كان ثابتا البتة فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للاول البتة ومن الحيل اذا خافت
ان لا يطلقها المحلل ان تقول زوجتك نفسي على ان امري بيدي اطلق نفسي كلما اريد فاذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الامر بيدها وهذا بناء على ما عليه العامة ان
شرط التحليل يبطل ويصح النكاح وذهب بعضهم الى انه يصح الشرط ايضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه نقل عن ابي حنيفة وفي روضة الزندويستي ذلك وهذا ما لم
في ظاهر الرواية ولا ينبغي ان يعول عليه ولا يحكم به لانه بعد كونه ضعيف الثبوت ينبو عنه قواعد المذهب لانه لا شك انه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد والعقود في مثله على قسمين
منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الاصل ولا شك ان النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو فيجب بطلان هذا وان
لا يجبر على الطلاق نعم يكره بالشرط كما تقدم من محمل الحديث ويبقى ما وراءه هو قصد التحليل بلا كراهة وما في السروجي من ان الثابت عادة كالثابت نصا في غير محل
كلامهم لانه لا يلزم من قصد الزوج ذلك ان يكون معروفا بين الناس يتداول ذلك فيمن نصب نفسه لذلك صار مشتهرا به وهنا قول آخر وهو انه مأجور وان
شرط لقصد الاصلاح وتأويل اللعن عند هؤلاء اذا شرط الاجر على ذلك هذا ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر كنا نعده سفاحا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل
عن واقعة حال مفردة لشخص لأمكن ان يقال ان مقتضى اللفظ ان تعلق اللعن به اذا اكثر منه ذلك بان نصب نفسه لهذا الامر بشرط او لا لان المحلل من فعل بتشديد العين
وهو للتكثير في فعل الفاعل او المفعول ظاهرا او تعليق اللعن به بمرة اذا شرط لقال المحل من احل بهمزة التعدية لكن حديث ابن عمر تصرف عن هذا فيكون من تخفف قطعت اللحم وان
لم يكن فيه تكثير **قوله** ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين يعني اذا كان دخل بها ولو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق وتقييده في صورة المسئلة بالحرة لو صنعها في هدم الطلقة
والطلقتين لا يتحقق في الامة الا هدم طلقة واحدة لان لا هدم في الامة اصلا **قوله** وقال محمد لا يهدم والمسئلة مختلفة بين الصحابة فروى محمد عن ابي حنيفة عن حماد
بن ابي سليمان عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود اذ جاءه اعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة او تطليقتين ثم انقضت

لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة

عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها او طلقها ثم انقضت عدتها واراد الاول ان يتزوجها على كم هي عنده فالتفت الى ابن عباس فقال انا اقول في هذا قال يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلث واسأل ابن عمر قال فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس وروى البيهقي من طريق الشافعي بسنده عن عمر نحوه قال هي عندي على ما بقي ونحوه عن علي وابي فقد نقل عن ابي كعب وعمران بن الحصين فاخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول شيوخ الصحابة والترجيح بالوجه **قوله** لانه غاية للحرمة اي لان الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى فلا تحل له اي مطلقا لا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح زوجا غيره فيكون اي الزوج منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت اي ثبوتها فاللام بدل الاضافة ولا ثبوت لها الا بعد الثلث فلا يكون منهيا قبلها فصار كما لو تزوجها قبل التزوج او قبل اصابة الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من التطليقات قلنا قد عملنا بالنص فجعلناه منهيا للحرمة في صورة الغليظة لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو اثبات الحل مطلقا قلنا به وتركتم انتم العمل به وهو الحديث المذكور آنفا وجه الدلالة انه سماه محللا وحقيقته مثبت الحل كالمحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك فان قلت تقدم آنفا ان محمل الحديث لشارط الحل للعلم قطعا انه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة والا لتعلقت بالمتزوج تزويج رغبة فلابد من كون متعلق اللعنة على ما اذا هو شارط الحل فلا يكون فيه دليل على انه مثبت للحل الجديد شرعا لانه لم يرد بالمحلل مثبت الحل بل شارطه قيل لا اشكال ان الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل فالمتزوج لعن بسبب مثبت الحل اذا شرط الحل فلا يكون شارط الحل مرادا بلفظه من التركيب المذكور بل كله مفسر ففيه دليل على ان الزوج مثبت الحل وتعليق اللعنة به اذا شرط ذلك به يندفع ما قدمناه وتطهير ان المراد من قول المعترض فيما تقدم وهو محمل الحديث انه محل لعنة المحلل اذا شرطه لان المراد بالمحلل في لفظ الحديث هو الشارط للحل الا انما من انه لابد من كونه مثبتا له نعم يرد عليه ما قيل انه لما جعل محللا في صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها واجيب بانه يثبت فيها في غيرها بدلالته لانه لما كان محللا في الغليظة فيهما ففي الخفيفة اولى ونفيها بالقياس عليه في صورة الحرمة الغليظة بجامع كونه زوجا الا ان صورة الحرمة الغليظة محل الحل لا يدخل في التعاليل لانه لو دخل لانسد باب القياس لان محل الاصل غير محل الفرع واورد عليه ان ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لان الحل ثابت فيه وتحصيل الحاصل محال اجيب بانه لا يقبل المحل اصل الحل يقبل ثبوت وصف الكمال فيه بان يصير بحيث يملك تجديده بعد الطلقة والطلقتين ما صح سببا لاصل الشيء صلح سببا لوصفه بالطريق الاولى وفيه نظر اذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محللا ومفهومه لا يزيد على انه يثبت بمجرد الحل وهو حاصل في المتنازع فيه وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس بالاتفاق لحال هو انه محل تبدى فيه حال استيفاء الزوج ما له من الطلقات قبله حيث يبتدأ ثبوت الحل كان ثلاثا شرعا فظهر ان القول ما قاله محمد وباقي الائمة الثلاثة ولقد صدق قول صاحب الاسرار مسألة يخالف فيها كبار الصحابة يعسر فقهها ويصعب الخروج منها وقد يستدل على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم اتريدين ان تعودي الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي من عسيلته فجعل عدم العود بالذوق فعند عدمه ينتهي عدمه ويثبت العود والعود هو الرجوع الى الحالة الاولى وهي ان يكون فيها الزوج ثلث تطليقات وليس بشيء لصدق حقيقته قبل الزوج الثاني لو قال بعد الطلقة والطلقتين بلا تحليل زوج اتريدين ان تعودي الى فلان صدق حقيقة وان كان العود لا الى ما يملك ثلثا فالحاصل ان العود الى عين الحالة الاولى محال فالمراد العود الى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل الا ان اشترط عموم وجه التشبيه **قوله** فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي في النهاية انما ذكر اخبارها بكذا مبسوطا لانها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثاني دخل بي ان كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق والا تصدق وفيما ذكرته مبسوطا لا تصدق في كل حال وعن السرخسي لا يحل له ان يتزوجها حتى يستفسرها لاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد وفي التفاريق لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت ما تزوجت او ما دخل بي صدقت اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها والمشكل ان اقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت متناقضة فينبغي ان لا يقبل منها كما لو قالت بعد التزوج بها كنت مجوسية او مرتدة او معتدة او منكوحة الغير او محرما له

لأنه معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر إذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في أدنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة

النقد بغير شهود ذكره في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتي ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كأنه طلقها ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى أو كماله انتهى من فائته ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الإشكال المذكور قال في الفتاوى في باب البائن وقالت بعدما تزوجها الأول ما تزوجت بآخر وقال الزوج تزوجت بآخر ودخل بك لا تصدق المرأة انتهى ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسدا لأني جامعتها ... إن صدقت المرأة لا تحل للزوج الأول وإن كذبته تحل كذا أجاب القاضي الإمام ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها وكذا على العكس وفي النهاية ولم يرد بل لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها إن تزوجتها هل تحل للأول قلت ينبني الأمر على غالب ظنها إن كان صادقا عندها فلا تحل له وإن كان كاذبا تحل وعن الفضلي لو قالت زوجني فإني تزوجت غيرك وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ما تزوجت صدقت إلا أن يكون أقرت بدخول الثاني كأنه والله أعلم يحمل قولها تزوجت على العقد وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بي لا على النكاح يا اعترفت به ولذا قال إلا أن تكون المرأة أقرت بدخول الثاني فإنه لم تقبل قولها فإنها حينئذ تكون مناقضة صريحة وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بطلاق الثلث وظن أنه لم يحنث فأفتيت المرأة بوقوع الثلث فخافت إن أعلمته بذلك أن ينكر بل إنما أن تستحل بعد إيفاقها بسفره تامره وإذا حضر بتجديد العقد قال نعم ديانة **قوله** لأنها معاملة أنث الضمير وإن كان مرجعه وهو النكاح مذكرا لتأنيث خبره وفي غير نسخة لأنه على الأصل **قوله** وقول الواحد فيهما مقبول كما في الوكالات والمضاربات والإذن في التجارات وكذا يقبل قول الإماء والعبيد في الهدية **قوله** وهو غير مستنكر إذا كانت المدة تحتمله أفاد أن تصديقها إذا وقع في قلبه صدقها مشروط باحتمال المدة ذلك **قوله** وسنبينها في باب العدة قال في النهاية وقعت هذه الحوالة غير رائجة لأنه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها وأجاب بعضهم بأنه لم يقل في العدة من هذا الكتاب فيمكن أن يكون أراد في عدة غير هذا الكتاب ومثل هذا مما يقضي العجب من تسطيره في الأوراق ممن هو من أهل العلم ولا توفيق إلا بالله وإذا لم يقع بيانها في الكتاب تعين تعيينها في الشرح وذكر ما عنده من الخلاف اختلف في أدنى ما تصدق فيه إذا ادعت الكون انقضاء العدة بالأقراء فقال أبو حنيفة رح لا تصدق في أقل من ستين يوما إذا كانت حرة وقالا أقلها تسعة وثلثون يوما وقال شريح لو ادعت ثلث حيض في شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة أهلها أنها رأت الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها قال له علي رض قالون ومعناه بالرومية أحسنت ومذهب الشافعي أنها اثنان وثلثون ولحظتان إن وقع الطلاق في الطهر وسبعة وأربعون لو وقع في الحيض وقال أبو ثور سبعة وأربعون وقال مالك في الجواهر أربعون وقال إسحاق بن راهويه وأبو عبيد إن كان لها أقراء معلومة يعرف فيها بطانة أهلها تصدق على ما شهدت به وإلا لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر وقال الحنابلة تسعة وعشرون إن قلنا أقل الطهر ثلاثة عشر وإن قلنا خمسة عشر بزيادة أربعة أيام فيصير ثلاثة وثلاثين وما أحسن قول إسحق وأبي عبيد بهذا إلا أن العادة أن الشهر الواحد لا يشتمل على أكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذبها العادة إذا أخبرت بما دونه والمكذب عادة كالمكذب حقيقة ألا ترى أن الوصي إذا قال أنفقت عليه مائة في يوم لا يصدق وإن احتمل صدقه بأن تكرر هلاك المشتري في اليوم ألا ترى أن الله سبحانه وتعالى لما أقام الزمان مقام الأقراء في الآيسة والصغيرة قدر العدة بثلاثة أشهر فقال واللائي يئسن من المحيض إلى قوله تعالى فعدتهن ثلاثة أشهر بخلاف ما إذا شهدت بما دون المدة فإنه حينئذ يثبت أن هذا من النادر وهذا هو المذكور في وجه أبي حنيفة رح رأيت أن قول إسحق ومن معه أولى به وإن لم يوجد سببه ينبغي أن لا يعدل عن قول أبي حنيفة رح وتخريجه على قول محمد رح أن يجعل مطلقا في أول الطهر تفاديا من الطلاق عقيب الجماع فيحتاج إلى ثلاثة أطهار بخمسة وأربعين كل طهر بخمسة عشر وثلث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة أخذا بالوسط فيه وعلى قول الحسن بن زياد أن يجعل مطلقا في آخر الطهر تفاديا من تطويل العدة فيحتاج إلى ثلاثة حيض بثلاثين يوما اعتبارا للأكثر وطهرين بثلاثين ثم يحتاج إلى مثلها في حق الزوج الثاني زيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه خمسة وثلثون طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين وعلى تخريج محمد أنه يكون الطهر الذي وقع الطلاق في أوله والمتخلل تلثون وحيضتان بعشرة وتخريج قولهما أن يجعل مطلقا في آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلث حيض بتسعة اعتبارا للأقل

باب الإيلاء

وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه

ثم يحتاج إلى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه أحد وعشرون يوما حيضتان لستة وطهر لخمسة عشر يوما ومثله للثاني وزيادة طهر يعني إذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلاثا تريد أن تتزوج بها لا يجوز حتى تحتسب مع المدتين طهر آخر في كل تخريج جعل الزوج فيه مطلقا في هذا الطهر لأن الزوج الثاني إذا جعل مطلقا في آخره والغرض أن عدة الأولى انقضت بأول الطهر لزم ما قلنا ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في أقل من خمسة وثمانين يوما في قوله على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق في أقل من مائة يوم احتسابا بالنفاس خمسة وعشرين ثم طهر خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران بستين وهذا لأن المرئي في مدة النفاس لا يكون حيضا بل بعده وكون ما بعده حيضا موقوف على ما تقدم طهر تام وهو ما قلنا هذا في حق الزوج الأول ثم يحتاج في الثاني إلى ستين على ما سمعت على التخريجين وعند أبي يوسف تصدق في حق الأول في خمسة وستين يوما لأن نفاسها يقدر بأحد عشر يوما عنده لأن مدته أكثر من مدة الحيض فيقدر بأكثر من أكثره بيوم ثم بعد هذا ثلاث حيض وثلاثة أطهار وتحتاج في حق الثاني إلى ثلث وثلاثة أيضا وعند محمد تصدق في أربعة وخمسين يوما وساعة لأنه لا غاية لأقل النفاس فإذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران وتحتاج في حق الزوج الثاني إلى أربعة وخمسين يوما ثلث حيض وثلاثة أطهار هذا في حق الحرة وأما في حق الأمة فتخريجه على المذهب غير خاف والله الموفق

باب الإيلاء تحريم الزوجة بأربعة طرق الطلاق والإيلاء واللعان والظهار فبدأ بالطلاق لأنه الأصل والمباح في وقته ثم أولاه الإيلاء لأنه أقرب إليه في الإباحة لأنه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء والتحقيق أن تحريمها ليس إلا بالطلاق في الحال أو إلى انقضاء العدة غير أن ثبوته بأسباب للأصل والأشهر منها الابتداء تنجيزا أو تعليقا فقدم ثم أولى الإيلاء لأنه لا يلازمه المعصية إذ قد يكون برضاها لخوف غيل على ولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس بخلاف الظهار واللعان فإنهما لا ينفكان عن المعصية ولهذا قدم عليهما الخلع لأنه أيضا لا يستلزمها لجواز أن تسأله لا للنشوز بل لقصد التخلي للعبادة أو لعجز عن أداء حقوق الزوج والقيام بأموره وإنما قدم الإيلاء عليه مع اشتراكهما في عدم استلزام المعصية ولا انفكاك منها لاختصاصه هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد والإيلاء لغة اليمين والجمع الألايا قال قليل الألايا حافظ ليمينه وإن بدت منه الألية برت وفعله آلى يولي إيلاء كتصريف أعطى وفي الشرع هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق ما يستشقه على القربان وهو أولى من قول بعضهم في الكنز الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر لأن مجرد الحلف يتحقق في نحو إن وطئتك فعلي أن أصلي ركعتين أو أغزو ولا يكون بذلك موليا لأنه ليس مما يشق في نفسه وإن تعلق استشقاقه بعارض ذميم في النفس من الجبن والكسل بخلاف إن وطئتك فعلي حج أو صيام أو صدقة فالمولي من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم ما يشق عليه وهو أولى من قولهم من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق والكفارة لقصوره عن نحو إن قربتك فعبده حر أو فلانة طالق وأما ركنه فهو الحلف المذكور وشرطه محلية المرأة وأهلية الحالف وعدم النقص عن أربعة أشهر والأول بالزوجية والثاني بأهلية الطلاق عنده وعندهما بأهلية الكفارة فيصح إيلاء الذمي عنده بما فيه كفارة نحو والله لا أقربك فإن قربها لا يلزمه كفارة وإن مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما أما لو آلى بما هو قربة كإن قربتك فعلي حج أو صلاة أو صوم فلا يصح اتفاقا ولو آلى بما لا يلزم قربة كإن قربتك فعبدي حر ونحوه صح اتفاقا وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ووقوع طلقة بائنة بتقدير البر وألفاظه صريح وكناية فالصريح نحو والله لا أقربك لا أجامعك لا أطؤك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة فلو ادعى أنه لم يعن الجماع لم يدين في القضاء والكناية نحو لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا ألمسك لأغيظنك لأسوءنك لا أدخل عليك لا أجمع رأسي ورأسك لا أضاجعك لا أقرب فراشك فلا يكون إيلاء بلا نية ويدين في القضاء وقيل الصريح لفظان لا أجامعك لا أنيكك هذه كنايات تجري مجرى الصريح والأولى الأول لأن الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا لا بالحقيقة وإلا لوجب كون الصريح لفظا واحدا وهو ثاني ما ذكر وفي البدائع الافتضاض في البكر يجري مجرى الصريح والدنو كناية وكذا لا أبيت معك في فراش ويخالفه ما في المنتقى لا أنام معك إيلاء

ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها
حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي

بالنية وكذا الامس فرجي فرجك في الذخيرة وفي جنس الفقه بالمخالفة قال في الامس جلدي جلدك لا يصير موليا لانه يمكن ان يلف ذكره بشيء وفي المرغيناني يحنث بمس الفرج دون الجماع فليس بمول قيل فيه بعد وهو حق لان الغرض كون الجماع هو المراد ولذا قالوا كناية مفتقرة الى النية وهو صريح ان يراد به ذلك ولا يحنث الا بالجماع فيكون موليا وفي التحفة لو قال انا منك مول فان عنى الخبر كذبا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا ايجاب في الشرع فان عنى به الايجاب فهو مول في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه اوجب الايلاء بهذا اللفظ ولو قال انت علي مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته فان نوى الايلاء كان موليا لان شبهها في اليمين وان لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا ولقائل ان يقول الايلاء الحلف الى آخره وقوله انت علي مثل امرأة فلان او انا مول ليس فيه صيغة حلف التنجيزية ولا التعليقية لان معنى الحلف قوله والله لا اقربك ونحوه او ان قربتك فليس قوله انت مثلها ايلاء ولا يحقق الوجود لفرض عدم وجوده سابقا ولاحقا الا ان هذا جواب الرواية صرح به الحاكم ابو الفضل في مختصره وفيه لو آلى من امرأته ثم قال للاخرى اشركتك في ايلاء هذه كان باطلا ولو قال ان قربتك فعلي يمين او كفارة يمين فهو مول والجواب ان قوله انا منك مول معناه انا منك حالف ومعلوم انعقاد اليمين بقوله انا حالف فقط كما ينعقد بقوله احلف بالله فينعقد بقوله انا حالف وكذا التشبيه المذكور يؤل اليه ولو قال لا اوطئك في الدبر فيما دون الفرج لم يصر موليا وفي الاكراه ولو قال لا اجامعك الا جماع سوء سئل عن نيته فان قال اردت الوطي في الدبر صار موليا وان قال اردت جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين فليس بمول وكذا ان لم يكن له نية وان قال اردت دون ذلك فهو مول قوله لزمته الكفارة وليس حال المولى مطلقا على تقدير الحنث بل حكم هذا المولى المذكور في قوله اذا قال الرجل والله لا اقربك الى آخره لما عرف ان المولى في الآية انما حكم الكفارة بذلك التقرير وقال الشافعي في القديم لا كفارة في خصوص حنث الايلاء لان الله تعالى وعد المغفرة بتقدير الفيء والمراد الجماع لانه في الاصل الرجوع وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك قال تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم وقوله في الفيء كقولنا الا ان وعد المغفرة بسبب الفيئة التي هي مثل التوبة لا ينافي لزوم الكفارة بل ثبت في الشرع الانفكاك التلازم بين هذين الحكمين الدنيوي والاخروي اعني المغفرة وسقوط الكفارة وثبوت احدهما مع نقيض الآخر مستمر في كل حلف على معصية اذا حنث لا اثم عليه بالتوبة فان توبته تثبت مع عدم سقوط الكفارة نيابة الاطلاق قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وقال صلى الله عليه وسلم في الصحيح من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليأت بالذي هو خير وهو قول الائمة والجمهور وقال الحسن لا كفارة عليه قال قتادة خالف الحسن الناس قوله وسقط الايلاء باجماع العلماء على معنى انه لو بعد اربعة اشهر لا يقع طلاق آخر لان اليمين تنحل بالحنث قوله وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي لم يقل الشافعي رح تبين بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج بنفسه او الحاكم وبه قال مالك واحمد ورجح بان الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة الا الثالثة بالنص والجواب منع كلية الكبرى وتقدم وقوعه في الكنايات غير انه يستدعي سببا والسبب هنا انه وقع للتخلص من الظلم والرجعي لا يفيد ذلك لانه بسبيل من ان يردها الى عصمته فيعيد الايلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطنته عليها جزاء لظلمه مع وجود الآثار في ذلك كما ستقف على انتهاضها بثباته ثم الخلاف في موضعين احدهما ان الفيء عنده يكون قبل مضي المدة ويكون بعدها وعند مضيها يوقف الى ان يفيء او يطلق لقوله تعالى فان فاؤا والفاء للتعقيب فاقتضى جواب الفيء بعد المدة وعندنا الفيء في المدة لا غير والجواب ان الفاء للتعقيب المنفي في الزمان في عطف المفرد كجاء زيد فعمرو وتدخل لمجرد التعقيب في الجمل قبلها او غيره فان كانت لا لاول نحو قوله تعالى فقد سألوا موسى اكبر من ذلك فقالوا ارنا الله جهرة ونادى نوح ربه فقال رب ان ابني من اهلي ونحو توضأ

لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو الماثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم اجمعين

فتحمل جهة بعدية رجوعه سميع فلا يفيد ذلك تعقيبا بل التعقيب الذكري بان ذكر التفصيل بعد الاجمال وان كانت لغيره فكالاول كجاء زيد فقام عمرو وكل من التعقيبين جائز الارادة في الآية المعنوي بالنسبة الى الايلاء فان فاؤا اي بعد الايلاء والذكري فانه لما ذكر تعالى ان لهم من نسائهم ان يتربصوا اربعة اشهر من غير بينونة مع عدم الوطي كان موضع تفصيل الحال في الامرين فقوله تعالى فان فاؤا الى قوله سميع عليم واقع لهذا الغرض فيصح كون الرد فان فاؤا اي رجعوا عما استمروا عليه بالوطي في المدة تعقيبا على الايلاء التعقيب الذكري او بعدها تعقيبا على التربص فان الله غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب الفيئة التي هي توبة او غفور للحنث في اليمين ان كان بر ضاها الغرض تحصين ولدعن الغيظ ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافية عنه فنظرنا فاذا قراءة ابن مسعود فان فاؤا فيهن ترجح احد الجائزين وهو كون الفيء في المدة اما باعتبار ان الاصل يوافق التعدد بين عنادتين كاثنتا الواحد لما شاذة فتنزل التفسير للمراد بالآخر واما باعتبار انها تستقل لاثبات كونه في المدة اذ لا تعارض القراءة المشهورة لانها اعم من كونه فيها او بعدها بناء على انها حجة عندنا وان ابى الخصم ورد المختلف الى المختلف فيه تم اذا ثبت الاصل ولا شك ان القراءة الشاذة انما يقرؤها الراوي خبرا عن صاحب الوحي قرآنا فانتفاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الاخص فان القرآنية اخص من الخبرية وانتفاء الاخص لا يستلزم انتفاء الاعم فدار الامرين كونها قرآنا او خبرا عن صاحب الوحي وذلك دائر بين الحجية على وجه بينهما على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها فان قيل حاصل المفاد بها جواز الفيء في المدة ونحن لا ننكر ذلك وانما الكلام في ان له ان يفيء بعدها اذ لم تنحل يمينه اذا لم يفئ فيها او لا بمجرد مضيها وقع الطلاق فلا تتمكن من استفادته من القراءة المذكورة لا نفيه قلنا ليس كذلك فانه تعالى جعل حكم الايلاء على هذه القراءة ان يفيء في المدة او يثبت الطلاق بتطليقه او تطليق القاضي على الخلاف هذا هو المفاد بقوله تعالى فان فاؤا فيهن فكذا وان عزموا الطلاق فكذا على عرف من التاويل لان الترديد ماخوذ في كل قسم منه نقيض الآخر اي وان عزموا الطلاق فلم يفيئوا فيها وهو لازم فانهم لو فاؤا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة ان لا فيء الا في المدة الثاني ان تمضي المدة تقع الفرقة بينهما طلاقا بائنا وعنده لا يكون التفريق الا بطلاقه او بطلاق القاضي لقوله تعالى وان عزموا الطلاق فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضي المدة لم يتصور العزم عليه ولان اليمين يشير الى انه مسموع وهو قوله تعالى فان الله سميع عليم والوجه الذي ذكره المصنف وحاصله الحاق المولى بالعنين في حكم هو الزامه بالطلاق فان لم يفعل طلق عليه بجامع انه امتنع عن الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان والا كان موقعا من غير ايقاع والجواب قوله لا يتصور العزم عليه ولو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع بل اذا فرض وقوعه عنده كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم بمضي وان عزموا الطلاق وان استمروا على ذلك الترك حتى تنقضي المدة فان الله سميع بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقاولة والمجادلة وحديث النفس كما يسمع وسوسة الشيطان عليم بما استمروا عليه من الظلم وفيه معنى الوعيد على ذلك واندرج في هذا جواب الثاني وعن الاخير بان العنين ليس بظالم فاشبه التخفيف عليه لذا كان اجله اكثر والمولى ظالم بمنع حقها فجازى بوقوعه بنفس الانقضاء والا نسلم انه بلا ايقاع بل الزوج بالايلاء موقع فقد كان في الجاهلية تنجيزا فجعله الشارع موجلا ونقول جاز ان يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق وهذا لان حقيقة الطلاق انما هي رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ولفظ انت طالق الآلة التي يثبت هو عندها شرعا ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ الا يرى انه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظا فلا يبعد ان يحكم به عند ظلمه بمنعها حقها هذه المدة لا يقال كيف يكون ظالما بذلك وهو بوطية واحدة لا يطلق عليه القاضي ولا يلزمه بغيرها فهو ليس بظالم لانا نقول ذلك في الحكم فاما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه ان يجامعها احيانا ليعفها فان ابى كان عاصيا والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك لكن بقي ان يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونقول بجواز ولكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل هو ما قلنا فان الآية وان ...

ذكرٰى بهم تقدرة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة
فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به

فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذي قلتم لكن الظاهر منها ما قلنا والجواب ان قراءة ابن مسعود رض لما افادت ان لا فيء بعد المدة لزم انعقاد قولكم من الحكم بعد المدة من الفيء او الطلاق فثبت ان المراد بها ما قلنا والا لزم احداث قول ثالث وهو الالزام بعد المدة بامر واحد وهو الطلاق وهذا التقرير هو محل استدلال الشيخ حيث قال ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة والاظهر انه مصادرة لانه استدلال بعين محل النزاع ولانه قال فجازاه بذلك بالنص وتقريره ان القراءة مفسرة بكون الفيء في المدة بقراءة اخرى الى آخر ما ذكرنا واحتج ايضا بآثار منها ما روى الدارقطني حدثنا ابو بكر الميموني [illegible] عن عثمان بعينه [illegible] بما يوافق مذهبنا فقال لا ادري ما هو وقد روي عن عثمان خلاف ذلك [illegible] عن عثمان [illegible] وما روى مالك في الموطا عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي بن ابي طالب رض انه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق وان مضت الاربعة الاشهر حتى يوقف فاما ان يطلق واما ان يفيء وما روى البخاري عن ابن عمر رض انه كان يقول في الايلاء الذي سمى الله تعالى لا يحل لاحد بعد الاجل الا ان يمسك بالمعروف او يعزم بالطلاق كما امر الله تعالى وقال البخاري قال لي اسمعيل بن ادريس حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر رض قال اذا مضت اربعة اشهر يوقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى وقال الشافعي رح ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال ادركت بضع عشر رجلا من الصحابة كلهم يقول يوقف المولي وقال بعضهم روى سهيل بن ابي صالح عن ابيه قال سالت اثني عشر رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه شيء حتى يمضي اربعة اشهر قلنا الآثار الاربعة الاول معارضة اما الاول فبما روى عبد الرزاق ثنا معمر عن عطاء الخراساني عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن عثمان بن عفان رض وزيد بن ثابت كانا يقولان في الايلاء اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة واحدة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وهذا اولى لان سنده جيد موصول بخلاف ذاك فان حال عبد الله الاعرج غير معلوم وهو ايضا اعضله ولا يعلم ان طاوسا اخذه عن عثمان رض فهو منقطع واما الثاني فبما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن قتادة ان عليا وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وهو وان كان مرسلا فان رواية محمد بن علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب رضي الله عنهم مرسلة وكذا قتادة وهما متعاصران وتوفي قتادة سنة سبع عشرة ومائة [illegible] في اختلاف الاقوال كما [illegible] ومحمد بن علي سنة سبع عشرة في قول من قال غير واحد سنة ثماني عشرة وقيل سنة اربع عشرة وقيل خمس عشرة وقيل ست عشرة [illegible] ثم التثبت من اتقان قتادة بتعظيم الحفاظ الاتقان والمحافظة على الاداء كما سمع بعينه اكثر واشهر من التثبت لمحمد وقال عبد الرزاق عن معمر قال جاء رجل الى ابن سيرين فقال رايت حمامة التقمت لؤلؤة فخرجت منها اعظم مما دخلت ورايت حمامة اخرى التقمت لؤلؤة فخرجت اصغر مما دخلت ورايت اخرى التقمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء فقال له ابن سيرين اما التي خرجت اعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع فيجوده بمنطقه ثم يصل فيه من مواعظه واما التي خرجت اصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويشك واما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو احفظ الناس انتهى وفي ترجمته [illegible] من حفظه واما الثالث والرابع فيما اخرجه ابن ابي شيبة ثنا ابو معاوية عن الاعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس وابن عمر رض قالا اذا آلى فلم يفئ حتى مضت اربعة اشهر فهي تطليقة بائنة ورجال هذا السند كلهم احتج بهم الشيخان فهم رجال الصحيح فيتساقطان معارضا فلم يبق الا قول من قال بان اصح الحديث ما روي في كتاب البخاري ومسلم ثم ما كان على شرطهما الى آخر ما عرف وقد بينا في كتاب الصلوة انه تحكم محض لانه اذا كان الغرض ان الكلام على نفس الشرط المعتبر عندهما فلم يعتبر الا كونه لم يكتب في خصوص اوراق سفينة ولا اثر لذلك وقول البخاري اصح الاسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال غيره غيره وقال المحققون ان ذلك يتعذر الحكم به وانما يمكن بالنسبة الى صحابي وبلد فيقال اصحها عن ابن عمر مالك عن نافع عنه

وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر تطليقة اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم

وعن ابي هريرة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عنه واصح اسانيد الشاميين الاوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة رض واصح اسانيد اليمانيين معمر عن همام عن ابي هريرة رض ونحو ذلك واحسن من هذا ايضا الوقوف على اقتصار هذه فان في خصوص المواد وقد يلزم الوقوف عن ذلك ثم قد يكون الراوي المعين اكثر ملازمة لمعين من غيره فيعتبر ادرى بحديثه واحفظ له على مثله على المعنى احاطة بافراد متونه واعلم بعادته في تحديثه وعقد لبسه ان كان وبقصده وعند ايمائه وارساله ممن لم يلازمه تلك الملازمة الا في فرد معين فرض ان غيره ممن هو مثله في ملكة النفس من الضبط اوارفع سمعه منه فاتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على سلفه فحينئذ قد يكون ذلك مقدما عليه في روايته بمعارضته ما هو الا محض تحكم فان بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الآخر الا بالملازمة واثرها الذي يزيد به على الآخر انما هو بالنسبة الى مجموع متونه لا بالنسبة الى خصوص متن ورد فيه فكيف يسعيد بن جبير وقد روي عن ابن عمر وابن عباس خلافه وما رواه الشافعي عن سليمان فحاصله ان قول جماعة من الصحابة رض كذلك وكذا ما ذكر من سهيل ولم يتبين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم في علو الحال في الفقه كما اسمعناك عن كرد وكون من ذهب الى خلاف المروي عنهم افقه واعلى منصبا ونحن قد اخرجنا ما قلناه عن الاكابر مثل عثمان وعلي رض على ترجيح ما عارضنا به وكذا عن زيد بن ثابت وهو من كبارهم ممن اخذ ابن عباس رضي الله عنهم بركابه حين ركب وقال هكذا امرنا ان نفعل بعلمائنا وكذا عن ابن عباس رض فيما قدمناه وكذا عن عمر بن الخطاب رض اخرج الدارقطني عن ابن اسحق حدثني محمد بن مسلم بن شهاب بن سعيد بن المسيب وابي بكر بن عبد الرحمن ان عمر بن الخطاب رض كان يقول اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة وهو املك بردها ما دامت في عدتها وابن اسحق صرح فيه بالتحديث واخرج عبد الرزاق ثنا معمر وابن عيينة عن ايوب عن ابي قلابة قال آلى النعمان من امرأته وكان جالسا عند ابن مسعود رض فضرب فخذه وقال اذا مضت اربعة اشهر فاعترف بتطليقة واخرج نحو مذهبنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وابي بكر بن عبد الرحمن ومكحول واخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وابي سلمة وهذا ترجيح عام وهو ان كل من قال من الصحابة بالوقوع بالمضي يترجح على قول مخالفه لانه لم يكن بد من كونه محمولا على السماع لانه خلاف ظاهر لفظ الآية فلولا انه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لانهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع واندرج في هذا من روي عنهم الشافعي من الصحابة وسهيل على انه ليس في اللفظ المروي لسهيل حجة لاحد الفريقين اصلا **قوله** وان كان حلف على الابد هو بان يصرح بلفظ الابد او يطلق فيقول لا اقربك مقتصرا الا ان تكون حائضا فليس بمول اصلا لانه ممنوع بالحيض فلا يضاف المنع ولو قال والله لا اقربك الى اليمين وكذا لا اقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل في سم الخياط يكون موليا **قوله** الا انه لا يتكرر استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيما يتبادر فانه يتبادر منه انه يقع اخرى عند مضي اربعة اشهر اخرى اذا كانت لم تنقض عدتها بعد وبه قال ابو سهل وعليه مشى المرغيناني لان حاصل اليمين المطلقة كلما مضت اربعة اشهر لم اجامعك فيها فانت طالق ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك فكذا اذا صح بلازمه والمختار قول الكرخي رح انه لا يقع الا اذا تزوجها وعليه مشى في البدائع وتحفة الفقهاء وشرح الاسبيجابي والجامع لان وقوع الطلاق جزاء الظلم وقد تحقق في الاولى بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد ايلاء وثبت حكمه من الوقوع عند مضي الاشهر جزاء الظلم وليس للمبانة حق الوطي فلا ينعقد الايلاء ثانيا ابتداء في حقها فلا يلزم حكم البرفيه بخلاف ما لو آلى حال قيام النكاح ثم ابانها تنجيزا ثم مضت مدة الايلاء وهي في العدة حيث تقع الثانية لصحة الايلاء لصدوره في حال تحقق ظلمه فيكون وضعه بمنزلة تعليق البائن البائن المعلق لحق البائن المنجز في العدة على ما اسلفناه في اول الكنايات وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول ابي سهل انه كقوله كلما مضت اربعة اشهر

ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثانيا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بيناه
فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقييده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية
وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من
اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رض لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة
بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين

فانت طالق وذلك لان قوله والله لا اقربك اربعة اشهر انما صار بمنزلة قوله اذا مضت اربعة اشهر فانت طالق اذا انعقد ايلاء شرعا فاستعقب الحكمين من وقوع الطلاق بتقدير البر
والكفارة بتقدير الحنث وانعقاده ايلاء انما يكون حال كونه ظالما لان ذلك الحكم هو جزاؤه فاذا لم يكن ظالما كان مجرد يمين على ترك قربانها وهو اعم من الايلاء فلا يستلزمه فيبقى يمينا دون ايلاء فلا يصير قوله
كلما مضت اربعة اشهر فانت طالق فيبقى عليه حكم اليمين المجردة وهو الكفارة بالوطئ كما لو قال للاجنبية والله لا اقربك ابدا ثم تزوجها فلم يطأها حتى مضت اربعة اشهر لا تطلق ولو وطئها كفر للحنث كذا هذا ولذا قلنا اذا
تزوجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلث بواسطة تكرر النكاح في الايلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطئ وان لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطئ **قوله** ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت
التزوج اطلق في ذلك كذا في الكافي وقيده في النهاية والغاية تبعا للتمرتاشي والمرغيناني بما اذا كان التزوج بعد انقضاء العدة فاما ان كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق وشمله لو آلى من زوجته
ثم طلقها واحدة بائنة لا يبطل الايلاء فان مضت اربعة اشهر وهي في العدة وقعت عليها طلقة وان مضت بعد انقضائها لا يقع شيء وان تزوجها بعد الانقضاء عاد الايلاء ويعتبر ابتداؤه
من التزوج فلا يحتسب بما مضى قبله فلو تزوجها في العدة احتسب قال في شرح الكنز وهذا لا يستقيم الا على قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وقد بينا ضعفه انتهى فالاولى اعتبار الاطلاق العدة
كما في الهداية **قوله** لتقييده بطلاق هذا الملك لان الغرض منه المنع وانما يحصل ظالما ان لحق بطلانه ولا يخاف بطلان حل سيوجد جديدا بعد التزوج بغيره لانه غالب العدم على ما بينا في
في مسئلة التنجيز وهو ما اذا علق طلاقها بالدخول ثلاثا ثم نجز الثلث فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فهذه فرع تلك وفيه خلاف زفر وكذلك لو آلى من زوجته ثم طلقها
ثلاثا بطل الايلاء حتى لو مضت اربعة اشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافا لزفر ولو تزوجها بعد زوج آخر في الايلاء المؤبد لا يعود الايلاء خلافا لزفر ولو بانت
بالايلاء مرة او مرتين فتزوجت بغيره ثم عادت اليه عادت بثلاث تطليقات وتطلق كلما مضى عليها اربعة اشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة
الهدم وقد مرت **قوله** فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا وقال به الائمة الاربعة واكثر العلماء وقالت الظاهرية والنخعي وقتادة وحماد
وابن ابي ليلى واسحق يصير موليا في قليل المدة وكثيرها فان تركها اربعة اشهر بانت بطلقة لاطلاق الآية في ذلك فانه لم يقيد الايلاء بكونه على
اربعة اشهر فصاعدا بل خص بالاربعة مدة التربص واطلق الحلف وكان ابو حنيفة رح اولا يقول به ثم رجع الى قول ابن عباس رض لما صح عنده
فتواه بخلافه اخرج ابن ابي شيبة ثنا علي بن مسهر عن سعيد عن عامر الاحول عن عطاء عن ابن عباس رض قال اذا آلى من امرأته شهرا او شهرين او ثلاثة
ما لم يبلغ الحد فليس بايلاء واخرج البيهقي عنه قال كان ايلاء الجاهلية السنة والسنتين واكثر من ذلك فوقت الله عز وجل اربعة اشهر فان كان
اقل من اربعة اشهر فليس بايلاء واخرج ابن ابي شيبة نحوه عن عطاء عن طاوس وسعيد بن جبير والشعبي ولا شك ان ظاهر الرواية كقول من
قال بانه ايلاء والمعول عليه في دفعه قول الصحابي وكبار التابعين ممن ذكرنا فان قول الصحابي في مثله ظاهر في السماع لكن يبقى فيه انه زيادة على
النص اذ هو تقييد لاطلاق الحلف في كونه ايلاء فلا يجوز الا ان يكون فيه اجماع من الصحابة والمعنى الذي ذكره هو ان المولي من لا يقدر على القربان في المدة الا بشيء يلزمه
وهذا ليس كذلك فرع كون اقل المدة اربعة اشهر والآخر لا نقول بقوله اذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها بها فاثبات كون الاقل اربعة اشهر
مصادرة **قوله** ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع الخ قيل هو مبني على ان المراد بالاقل من اربعة اشهر شهر اذ ان وضع المسئلة في الاصل اذا حلف
لا يقربها شهرا والا فالاقل من الاربعة لا يستلزم كون الامتناع الا في بعض المدة مطلقا لا في اكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة اشهر وقيل لفظ اكثر مقحم وبعد
ذلك للتقريب ظاهر وقيل اراد بالاكثر تمام المدة اربعة اشهر سماها اكثر لانها اكثر من المدة المحلوف عليها والاشكال ان المانع غير موجود في جميعها
في جميع صور الحلف على اقل من اربعة اشهر واستضعفه في الكافي قال وانما يصح ان لو قال في اكثر المدتين انتهى ووجهه ان افعل التفضيل يلزم
في اضافته الى شيء كونه بعض ما اضيف اليه ولذا امتنع يوسف احسن اخوته وخواص البشر افضل الملائكة وليس الاربعة الاشهر التي هي المراد بالاكثر متن

وشهرين بعد هذين الشهرين موصول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

ببعض المدة المضاف اليها الاستحالة لكون الاربعة بعض ما هو اقل منها فلزم في صحته ان يقول اكثر المدتين يعني المدة المحلوف عليها ومدة الايلاء وهي اربعة اشهر مدتان والثانية اكثرهما ولا اشكال في انه لو قال في بعض المدة كان احسن واسلم **قوله** وشهرين بعد هذين الشهرين الى آخر المسئلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيدا في حكم المسئلة الاولى بل قيد في الثانية فقط ولفظ يوما في الثانية ليس قيدا اذ لا فرق بين مكثه يوما او ساعة وقيل تكرير اليمين في مجالس ومجالس بينها اقل من يوم يجيز عند ابي حنيفة وابي يوسف تقييد بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية وهذا بعيد لان اثبات المذهب نصوا على ان قوله والله لا افعل كذا والله لا افعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف وانما حكي في قوله والله والله لا افعل كذا فذكر ان ظاهر الرواية انهما يمينان وفي نوادر ابن سماعة يمين واحدة وفي المنتقى جعل كونهما يمينين قياسا وكونهما يمينا واحدة استحسانا وفرع في الدراية في آخر الباب من غير ان يعزوه قال والله لا اقربك مرارا في مجلس واحد تتعدد الكفارة ويطلق ثلثا يتبع بعضها بعضا قياسا قال وهو قول محمد وزفر وواحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الاشهر ولو قال في الثانية بعد يوم والله لا اقربك شهرين لم يزد على ذلك لم يكن موليا ايضا لكن لا لما في الكتاب بل لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الاولى بيوم واحد او بساعة بحسب ما فصل به بين اليمينين فالحاصل من حلفية الحالف على شهرين ويوم او ساعة على حسب الفاصل والاصل في جنس هذه المسائل ان الايلاء يوجب طلاقا في البر وكفارة في الحنث وانه لا تلازم بين كونه ايلاء ويمينا كما قدمنا فلذلك قد يتعدد البر والحنث وقد يتحدان وقد يتعدد البر ويتحد الحنث وقلبه وتعدد البر بتعدد المدة لانه يتعدد الايلاء وهو يتعدد الظلم وهو بتعدد مدة المنع وما لم يجب تعددها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين وتعدد اليمين بتعدد اسم الله او تكرار حرف لا داخلة في المدة ومن زاد السكوت لم يحتج اليه لان الاسم الكريم يتكرر بعد السكوت ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد ومن تعدده في التجريد عن ابي حنيفة رحمه الله اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله تعالى ولو حلف بحجة او عمرة يستقيم مثال تعددهما اذا جاء غد فوالله لا اقربك اذا جاء بعد غد فوالله لا اقربك اما انهما يمينان فلتعدد الذكر واما انهما ايلاءان فلتعدد المدة فان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول بر في الاولى وبانت فاذا مضى يوم آخر بر في الثانية وطلقت ايضا ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وان اطلق لزومها في الكافي ولو قربها في الغد لزمته كفارة لان الغد لم ينعقد عليه الا يمين واحد وتعدد الكفارة بتعدد اليمين ونظيره في النوازل قال والله لا اكلمه يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة ايمان وان كلمه بعد الغد فعليه يمينان وان كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة فان كلمه بعد سنة فلا شيء عليه ومن تعددهما والله لا اقربك اربعة اشهر والله لا اقربك اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر وآخرى لا اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر الا انه تعدد بتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور في قربان واحد كفارتان وهذه نظير مسئلة الهداية في عدم تداخل المدتين اعني قوله والله لا اقربك شهرين ثم بعد يوم والله لا اقربك شهرين بعد هذين الشهرين فانه ليس بايلاء كما ذكره ولكن تتداخل المدتان فلو قربها في الشهرين الاولين لزمته كفارة واحدة وكذا في الشهرين الاخيرين لانه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة وقد تواردت شروح الهداية من النهاية ومختصرها وغاية البيان على الخطأ عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره فلو قربها في الاربعة الاولى لزمته كفارة واحدة وكذا

لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر رحمه الله هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولكن المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر

في الاربعة الثانية ولو كان اطلق فقال والله لا اقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لا اقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات لا للتداخل في المحلوف عليه ولو لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بطلقة وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين باخرى اذا كانت في العدة وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف بخلاف ما مضى في الكتاب في تابيد اليمين فان الايلاآت هناك تنزل متعاقبة بواسطة تابيد اليمين الواحدة فجاء الخلاف في انه هل ينعقد الايلاء الثاني في العدة ام لا ومن منعه قال لا ابتداء الايلاء الا في حال يكون بالمنع ظالما اما ههنا فالايلاآت الثلاثة صرح بها في حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة الا اذا تزوجها فيقع بحكم تابيد اليمين اذا مضت اربعة اشهر من وقت التزوج ومثال اتحادهما والله لا اقربك اربعة اشهر او لا اقربك شهرين وشهرين وفي الكافي نظيره كلما كلمت واحدا من هذين فوالله لا اقربك فكلمتهما معا وليس للتقييد بذلك فائدة فان بتكليمهما معا لم تنحل اليمين بل لو كلمت احدهما بعد الآخر يثبت الايلاء فالظاهر كون هذا من صور تعدد اليمين فان علة التعدد فيما بعد هذه ثابتة في هذه ومثال تعدد البر واتحاد اليمين كلما دخلت هذه الدار فوالله لا اقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر ثم في يوم آخر فان قربها تجب كفارة واحدة وان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول بانت بطلقة فاذا مضى يوم آخر بانت باخرى واذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة وفي هذا المثال نظر لان الحلف بالله وقع جزاء للشرط المتكرر فيلزم تكرره ولا يشكل بانه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لانه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى اذ اللازم ان لا حلف عند الشرط الاول ايضا ومع ذلك ثبت الحلف عنده ولعله اشتبه بوالله كلما دخلت لا اقربك او كلما دخلت فوالله لا اقربك وكذا لو قال كلما دخلت الدار فانت طالق ثلثا ان قربتك يتعدد برا وكلما دخلت انعقدت مدة يقع بمضيها واحدة بائنة ولا يتصور حنثه الا مرة واحدة لتعذر وقوع شيء آخر بعد الثلث ونحوه كلما دخلت فعبدي حر ان قربتك سواء ومثال اتحاد الايلاء وتعدد اليمين اذا جاء غد فوالله لا اقربك ثم قال في المجلس اذا جاء غد فوالله لا اقربك فهو ايلاء واحد في حكم البر حتى لو مضت اربعة اشهر من الغد طلقت وان قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر من غير ان يزيد لفظ آخر او نحوه واعلم ان هذه خلافية وصورتها في الخلافيات لو قال والله لا اقربك والله لا اقربك والله لا اقربك في ثلث مجالس فكل من اليمين والايلاء ثلاثة وان كان في مجلس واحد فان اراد به التكرار فاليمين واحدة والايلاء واحد وان لم ينو شيئا او اراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالايمان ثلاثة اجماعا والايلاء ثلاثة قياسا وهو قول محمد حتى اذا مضت اربعة اشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين باخرى ثم باخرى الا ان يكون غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة وان قربها وجب عليه ثلاث كفارات وفي الاستحسان وهو قولهما الايلاء واحد ولا يقع الا واحدة ويجب بالقربان ثلث كفارات لان الشرط الواحد يكفي لايمان كثيرة ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الايلاء **قوله** لم يكن موليا اي في الحال لانه يكون موليا اذا قربها وبقي بعد يوم القربان اربعة اشهر فصاعدا الى تمام السنة حتى لو تركها بعد ذلك القربان اربعة اشهر وقعت تطليقة **قوله** اعتبارا بالاجارة وهو ما اذا قال اجرتك سنة الا يوما ينصرف اليوم الى آخر السنة وكذا اذا قال في الصورة المذكورة سنة الا نقصان يوم يكون موليا صرفا له الى الآخر وبما اذا اجل الدين **قوله** ويمكنه ههنا لان المستثنى

صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة **قال** ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده

يوم منكر فيصدق على كل يوم من ايام تلك السنة حقيقة فيمكنه ان يطأها قبل مضي اربعة اشهر من غير شيء يلزمه اعتبارا لليوم الملحق بالمستثنى بخلاف ما قاس عليه فان المعين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس اللفظ بل تصحيح الاجارة فانها تبطل بالجهالة لو حمل على حقيقته حتى يصير شائعا في السنة لا تتعين مدة الاجارة والنقصان ينصرف الى الاخير وكذا المقصود من تاجيل الدين تاخير المطالبة فتعين بدلالة الحال والذي يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا اكلم زيدا سنة الا يوما ينصرف الى اليوم الاخير وجواب صاحب النهاية بان اليمين للحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال شطر منظور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء ايضا يكون عن المغايظة **قوله** صار موليا لسقوط الاستثناء مع ان الباقي من السنة مدة الايلاء ولو طلق بان قال لا اقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فاذا قربها صار موليا ولو قال سنة الا يوما اقربك فيه لا يكون موليا ابدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه لا يكون ممنوعا ابدا وكذا لو اطلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة فمضت اربعة اشهر ولم يقربها فيها فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت اربعة اخرى لم يقربها فيها وقعت اخرى فاذا تزوجها فمضت اربعة اخرى لا يقع لان الباقي بالضرورة اقل من اربعة اشهر **قوله** ولو قال وهو بالبصرة اذا حلف لا يقربها في مكان معين هي فيه او زمان معين هو في غيره ان كان بينهما قدر اربعة اشهر كان موليا على ما فرع قاضي خان والمرغيناني فانهما قالا لو كان بينهما مسيرة اربعة اشهر فنفيه باللسان ولم يعتبرا امكان خروج كل منهما الى الآخر فيلتقيان في اقل من ذلك وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر ان يكون بينهما ثمانية اشهر فانه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخله وكان بينهما اقل من ثمانية اشهر لا يصير موليا لجواز انهما يخرجان فيلتقيان في اقل من اربعة اشهر فيقربها وان كان بينهما اقل من ذلك لم يكن موليا عند الائمة الاربعة الا في رواية عن احمد ونحو قول ابن ابي ليلى فانه يكون موليا فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة وينبغي ان يصير موليا على قول كل من قدمنا عنه انعقاد الايلاء اذا حلف على اقل من اربعة اشهر ابن ابي ليلى وغيره وكذا اذا قال والله لا اقربك الا في المحرم وهو في شوال او حتى تفطمي ولدك الى مدة الفطام اقل من اربعة اشهر والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هناك من ان المولي من لا يمكنه القربان في الاربعة اشهر الا بشيء يلزمه وليس فليس وقد بحثنا هناك ان هذا فرع كون اقل مدة ينعقد الايلاء بالحلف عليها اربعة اشهر وبالضرورة انهم لا يلزمون ذلك الا ان يجعل هذا اصلا ممهدا في مذهب المانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لاقل من اربعة اشهر بدليل من اقوال الصحابة فيتعلق الاحكام المذهبية لا عند قصد الاثبات على المخالف ثم اورد على هذا الاصل ما لو قال والله لا اقربكن لاربع نسوة فلانه مول فاذا تركهن المدة طلقن ولو قرب ثلثا منهن لا يلزمه شيء فثبت ان امكان القربان بغير شيء لا يمنع صحة الايلاء اجيب بما حاصله ان الايلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسئلة فيكون موليا منهن وعدم لزوم شيء لعدم الحنث لان الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن والموجود قربان بعضهن وحاصل هذا تخصيص اطراد الاصل بما اذا حلف على واحدة بادنى تامل **قوله** ولو حلف بحج الخ بان يقول ان قربتك فعلي حج او عمرة او صدقة او صيام او هدي او اعتكاف او يمين او كفارة يمين او فانت طالق او هذه لزوجة اخرى او فعبدي حر او فعلي عتق عبد منهم فهو مول اما لو قال فعلي صوم هذا الشهر مثلا فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان الى ان يمضي ذلك ثم يطأها بلا شيء يلزمه بخلاف قوله فعلي صوم يوم ولو قال فعلي اتباع جنازة او سجدة تلاوة او قراءة القرآن او الصلوة في بيت المقدس او تسبيحة فليس بمول ونعل في الصلوة خلاف محمد فعنده يكون موليا لانه مما يلزم بالنذر وتقدم اول الباب ما يجاب به عنه وتجب صحة الايلاء فيما لو قال

وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا

فيها بانه ركعة ونحوه مما يشق عادة وكذا خلافه ثابت في مسئلة النذر المذكورة اول الباب فان قلت ينبغي في الصلوة في بيت المقدس ان يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر كالحج قلنا نعم لو لزم من نذر الصلوة في بيت المقدس ان لا يسقط الا بالصلوة فيه لكن المذهب ان له ان يصليها في غيره ولا يسقط النذر به على ما عرف ولو قال فعلي ان التصدق على هذا المسكين بهذا الدراهم او مالي هبته في المساكين لا يصح الا ان ينوي التصدق به ولو قال فكل مملوك اشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله وهو رواية عنه وكذا لو قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق يصير موليا عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله ولو قال كل امرأة اتزوجها من اهل الاسلام لا يصير موليا وعلى هذا لو قال لا اقربك حتى اعتق عبدي او حتى اطلق فلانة او حتى اطلقك يصير موليا عندهما خلافا له لانه يمكنه القربان بلا شيء بان لا يشتري عبدا او لا يتزوج وبتقدير الغاية قلنا فلم يمكنه الا بضرر لازم اذ اللزوم لاجل قربانها كاللزوم به واعلم ان الاصل انه متى جعل ليمينه غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا اقربك حتى تطلع الشمس من مغربها او حتى يخرج ياجوج وماجوج او ينزل عيسى عليه السلام او حتى يخرج الدجال او الدابة فهو مول استحسانا بناء على الظاهر وان احتمل القرب وقت التكلم به وكذا اذا كانت الغاية لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله حتى اموت او تموتي او اقتلك او تقتليني او ابينك وان كانت توجد في المدة لكنه تصلح جزاء نحو حتى اعتق عبدي او اطلق فلانة كانت موليا عندهما خلافا لابي يوسف وقد عرفت الوجه **قوله** وفيه خلاف ابي يوسف اي في ثبوت الايلاء الا بالحلف بعتق عبد المعين فان ضمير فيه للعتق عبد وهو المعين لا المبهم فان تعليله لا يتم فيه **قوله** البيع موهوم اي هو غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشترين وقد لا تجد مشتريا في المدة فتمضي قبل وجوده بخلاف الاخراج من الكوفة لانه مقدور له وهو وان توقف على امتثالها ايضا لكن امتثالها واجب لوجوب طاعة الزوج بخلاف امتثال المشتري واذا كان موهوما فلا يمنع المانعية الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان ولو باع هذا العبد سقط الايلاء لانه صار بحال يمكنه قربانها بغير شيء ولو ملكه بسبب شراء او غيره عاد الايلاء من وقت الملك ان لم يكن وطيها قبله فان كان وطيها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلاء لقدرته على الوطء بغير شيء وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها او ابانتها ثم تزوجها **قوله** وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا باتفاق الائمة الاربعة بخلاف من البائنة وان كانت من ذوات الاقراء فلا احتمال امتداد طهرها وان كانت تعتد بالاشهر الثلاثة فلا احتمال رجعتها فينعقد الايلاء مقيدا الى ما بعد الرجعة فان لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى زوال الزوجية بالمطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة وعلى قولنا من حيث انها لا حق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالما والجواب ان العبرة في المنصوص عليه بعين النص لا المعنى النص والمطلقة الرجعية كانت من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل الزوج حقيقة على ما اسلفناه في اول باب الرجعة فكانت المرأة من نسائه فيشملها نص الايلاء الا ترى انه يثبت الايلاء وان سقطت حقها في الجماع لخوف الغيل على ولد او غيره فعلم ان التعليل بالظلم باعتبار ابناء الاحكام على الغالب بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينتفي كونها من نسائنا وقيل انما لم يكن موليا من البائنة لان الايلاء تعليق طلاق بائن على مضي المدة بلا قربان والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق يعني اذا كان التعليق بعد الابانة لما قدمنا من انه اذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها من البائن يلحق وهذا المعنى يقتضي انه لولا هذا لصح الايلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا والحق ان مبنى عدم لحوق البائنة هو مبنى عدم الايلاء منها وهو عدم الزوجية

لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء

فالاسناد اليه اولى ثم لا يخفى ان تخلف العلة في محل وجد نقض الا لمانع فالحق ان هذا الظلم حكمة ونفس الايلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائما **قوله** لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية وهي كونها من نسائنا في الايلاء والظهار قال الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم وقال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فلا بد من كونها محلا وقت التكلم بالايلاء والظهار او وقت وجود شرطهما لما عرف في باب الايمان بالطلاق ان الاضافة الى سبب الملك صحيحة وكذا في الايلاء والظهار واذا قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك وقع صحيحا وكذا ان تزوجتك فانت علي كظهر امي الا انه لا ينعقد الايلاء والظهار الا عقيب التزوج بها لانها اذ ذاك تصير محلا لا قبله ولان الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطئها **قوله** اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الوطء لان انعقاد اليمين يعتمد القصور حسا لا شرعا الا ترى انها تنعقد على ما هو معصية **قوله** كمدة العدة اي في الطلاق الرجعي فيتنصف بالرق لانه من حقوق النكاح وعند مالك والشافعي رح تستوي مدة ايلاء الحرة والامة والقياس على مدة العدة بجامع كونها تربص هو اجل للبينونة كالعدة مدفوع فان البينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة وايضا تربص العدة للتحلل وتعرف الفراغ فهو المؤثر وهو منتف في تربص الايلاء قالا وجه الاستواء العموم نص الايلاء لان الامة من نسائنا ولان ضربها ايلاء لعذر الزوج وفرقنا جريا على عادته تعالى من عدم المعاجلة بالعقوبة فاخرت عقوبته الدنيوية لظلمه الى انقضاء اربعة اشهر وهذا المعنى لا يختلف في الحرة والامة **قوله** وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع لا فرق بين كون عدم العذر للمرض او للجب كما انه في جهتها لا فرق بين كون المانع مرضها او الرتق او القرن ومن الناس من منع ايلاء المجبوب ومن الرتقاء والقرناء لانه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم وجوابه ما قلنا في المطلقة الرجعية ولان هذا تعليل فيه ابطال حكم النص وذلك باطل وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها او قرنها او صغرها او بالجب او العنة او كان اسيرا في دار الحرب او لكونها ممتنعة او كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة او بينهما اربعة اشهر او حال القاضي بينهما بشهادة الطلاق الثلاث ففيئه باللسان بان يقول فئت اليها او رجعت عما قلت وراجعتها او ارتجعتها او ابطلت ايلاءها وفي المجتبى صح الفيء باللسان بشبهه في البدائع وفي شرح الطحاوي لو آلى وهي مجنونة او هو محبوس او كان بينهما اقل من اربعة اشهر الا ان السلطان يمنعه او العدو ولا يكون فيئه باللسان وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافي ووفق بحمل ما في الكافي وشرح الطحاوي على امكان الوصول الى السجن بان تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر على شرف الزوال والمجتبى بحق لا يعتبر في الفيء باللسان ونظلم يعتبر وهل يكفي الرضا بالقلب من المريض قيل نعم حتى ان صدقته كان فيئا وقيل لا وهو الاوجه ثم هذا اذا كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان تمضي اربعة اشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فمكث قدر ما يمكنه جماعها ثم عرض له العجز بمرض او بعد مسافة او حبس وجب او اسر ونحو ذلك او كان عاجزا حين آلى وجواز العجز في المدة لم يصح فيئه باللسان خلافا لزفر في غير الاخيرة قال العجز ثابت وهو المدار قلنا لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الاضرار فلا يكون فيئه الا بايفاء حقها بالجماع بخلاف ما اذا استوعب العجز المدة لانه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه في الايلاء بايذاء اللسان ففيئه الذي هو توبته بتطييب قلبها به لان التوبة على حسب الجناية ولو آلى ايلاء مؤبدا وهو مريض بانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند ابي حنيفة رح ومحمد وصح عند ابي يوسف رح وهو الاصح على ما قالوا الا ان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض

وقال الشافعي رحمه الله لا فيء إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي لأنه لو كان فيئاً لكان حانثاً ولنا أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته فإن قال أردت الكذب فهو كما قال لأنه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لأنه يمين ظاهراً وإن قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث وقد ذكرناه في الكنايات وإن قال أردت الظهار فهو ظهار وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما أنه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئاً فهو يمين يصير به مولياً لأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو يمين عندنا وسنذكره في الأيمان إن شاء الله

وفي زمان الصحة هي مباشرة لا حق لها في الوطء فلا يعود حكم الإيلاء فيه وهما يقولان إن ذلك بتقصير منه فإنه كان يمكنه الفيء باللسان قبل مضي المدة ولا تبين ولو كان المانع شرعياً بأن كان محرماً وبينه وبين وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعداً فالفيء بالجماع وعند زفر باللسان وهو رواية عن أبي يوسف لأن الإحرام مانع من الجماع شرعاً فيثبت العجز فيكتفى بالفيء باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقي وهو منتف وهذا لأنه بتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفاً **قوله** وقال الشافعي رحمه الله لا فيء إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي لأنه لو كان فيئاً لكان حانثاً وضعف هذا لا يخفى على من له شمة لأنه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره فإن أراد بقوله لو كان فيئاً لكان حانثاً أن الفيء لا يكون إلا بالجماع فلو كان فيئاً لكان بالجماع فكان حانثاً لزم صريح المصادرة والنص هو قوله تعالى فإن فاءوا لا يوجب تعيين كون الفيء الجماع لأن معناه وإن رجعوا عن عزمهم ذلك على الظلم وذلك يحصل بإرضائها بالجماع وبإرضائها بالقول ووعد الجماع عند عجزه وهي مشاهدة لعجزه فلذا فلا يتم ما قاله والحق أن مذهب الشافعي ومالك وأحمد كقولنا ولو وطئها بعد الفيء باللسان في مدة الإيلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لأن يمينه باقية في حق الحنث وإن بطلت في حق الطلاق **قوله** وصار فيئه بالجماع حتى لو لم يجامع حتى تمت المدة وقع الطلاق وهذا لأن المقصود عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الأصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم الخلف كالمتيمم إذا رأى الماء **قوله** سئل عن نيته هذا هو المذكور في كتب محمد رحمه الله وهو جواب الرواية لأن بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية وهو قول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وابن مسعود وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم وعن علي وزيد بن ثابت وابن عمر وابن أبي ليلى ومالك أن الحرام ثلاث إلا أن مالكاً قال ينوي في غير المدخولة وروي عن علي رضي الله عنه التوقف وفيه نحو خمسة عشر مذهباً غير ما ذكرنا **قوله** لأنه نوى حقيقة كلامه إذ حقيقته وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذباً وعن هذا قال مسروق والشعبي في التحريم إنه تحريم قصعة من ثريد ليس بشيء وأورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف إليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف إلى اليمين والجواب أن هذه حقيقة أولى فلا تنال إلا بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار وقيل لا يصدق في القضاء وقاله شمس الأئمة السرخسي بل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يمين ظاهراً لأن تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك إلى أن قال تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فلا يصدق في القضاء في نية خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكره والأول قول الحلواني وظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث **قوله** إلا أن ينوي الثلاث ولا تصح نية الثنتين إلا في الأمة خلافاً لزفر والزهري رحمهم الله في الكنايات وهو التفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق أو لا ولو طلق امرأته طلقة ثم قال أنت علي حرام ونوى ثنتين لم يقع شيء ولو نوى الثلاث وقعت ثنتان تكملت الثلاث **قوله** وإن قال أردت الظهار فهو ظهار وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف كذا ذكره القدوري وليس مذكوراً في ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي وإنما نقله شمس الأئمة عنهما من النوادر خلافاً لمحمد وجه قوله أن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو منتف وفي جوامع الفقه نقل عن محمد أنه ظهار إذا نوى الظهار على ما عرف النقل به عنه **قوله** ولهما أنه أطلق الحرمة الخ حاصله أن الحرمة أعم من الحرمة التي هي ظهار أو لا والأعم يحتمل الخصوصيات فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهره فيصدق قضاء **قوله** وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئاً فهو يمين يصير به مولياً ونص في المحيط أنه خلاف قول محمد حيث قال فإن نوى اليمين أو لم ينو شيئاً

ومن المشائخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم بالصواب

كان يمينا وينصرف الى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته الا بالنية كذا قال محمد وعن مشائخ بلخ تدخل امرأته بلا نية فتبين وصحح في هذا الزمان
وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها قال نعم وكذا حلال المسلمين ثم على قول محمد رح
اذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب من اليمين فيحنث اي ذلكما وجد فاذا تناول شيأ من الطعام والشراب حنث وانقضى حكم
يمينه حتى لو قرب من امرأته بعد ذلك لا يحنث ولا فرق بين ان يتناول قليلا او كثيرا بخلاف ما اذا حلف لا ياكل هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد
لا يحنث ما لم يستوف جميعه وكذا لا يدخل اللباس الا بالنية اذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى ولو نوى
الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين **قوله** ومن المشائخ هم المتاخرون لما ظهر من العرف في ذلك حتى لو قال لامرأة
ان تزوجتك فحلال الله على حرام فتزوجها تطلق ولهذا لا يحلف به الا الرجال ولو قالت هي انا عليك حرام كان يمينا وان لم تنو فلو مكنته
حنثت وكفرت فصار كما اذا تلفظ بطلاق فهاغيرنا وتطلق لا صراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة وعن هذا قالوا لو نوى غير الطلاق لا يصدق
في القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى قال الاستاذ ظهير الدين المرغيناني لا اقول لا يشترط النية لكن تجعل ناويا عرفا ولا فرق بين قوله
انت على حرام او حرمتك على او لم يقل على او انت محرمة على او لم يقل على او انا عليك حرام او محرم او حرمت نفسي عليك ويشترط
قوله عليك في تحريم نفسه فلو لم يقله لا تطلق وان نوى الطلاق بخلاف نفسها وقوله انت معي في الحرام بمنزلة قوله انت على حرام وفي
الفتاوى لو قال لامرأته انت على حرام او حلال الله على حرام فهذا على ثلاثة اوجه اما ان كانت له امرأة او اربع او لم يكن له امرأة ان فهو
كان له واحدة فقد ذكرنا وان كان له اربع طلقت كل واحدة تطليقة وان لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين وعلى فتوى الاوزجندي والامام مسعود
الكشاني يقع واحدة وعليه البيان قال في الذخيرة والخلاصة هو الاشبه وعندي ان الاشبه ما في الفتاوى لان قوله
حلال الله او حلال المسلمين يعم كل زوجة فاذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لان حلال الله شملهن على سبيل
الاستغراق لا على سبيل البدل كما في قوله احدكن طالق وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائنا ولو قال ان فعلت كذا فحلال الله طوالق
على حرام ثم قال لامرأة اخرى ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ففعل احدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر قال الامام ظهير الدين
ينبغي ان لا يقع كما لو قال مثل ذلك ان ثم الاول **فروع** تتعلق بالايلاء لو قال لا اقربك ما دامت امرأتي فابانها ثم تزوجها لم يصر موليا وبقربها باحنث
ولو قال ان قربتك فعلى ان انحر ولدي صح الايلاء خلافا لزفر بناء على انه يلزم بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم ولا يلزمه فيه شيء عند
زفر ومالك يوجب فيه نحر جزور وروى عن ابي يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعي رح وهو الاوجه لانه نذر معصية ولو جن او
وطئها انحلت وسقط الايلاء ولو قال لنسائه الاربع والله لا اقربكن يكون موليا من كلهن حتى لو مضت اربعة اشهر بن جميعا وقال زفر
لا يكون موليا ما لم يطأ ثلاثا منهن لان الحنث انما يقع اذا وطئ الكل فقربان الثالث يكون بغير حنث فلا يكون موليا منهن بل من الرابعة فكانه
قال ان قربت ثلاثا منكن فوالله لا اقرب الرابعة قلنا قصد الاضرار بهن كلهن فيكون موليا عليهن فلما لم يوجد وطء جميعهن لا يتحقق
الحنث واذا وجد يضاف الحنث الى وطء كلهن لا الى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لانه يمين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها ولو قال
لهن والله لا اقرب احدكن جعلناه موليا من واحدة وقال زفر مول من الاربع حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقرب احدهن بانت

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به

واحدة على الزوج ان يعينها وعنده يبين كلهن لان قوله احدكن وواحدة منكن سواء ولو قال لا اقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا فكذا هذا قلنا احدكن لا يعم لانه معرفة ولذا لا يصح ان يقال لكل احداهن على درهم واما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم ولذا صح لكل واحدة على درهم ولو قال لزوجته والله لا اقرب احدكما فمضت المدة بانت واحدة واليه البيان ولو بين قبل المدة لا يصح كما لو علق طلاق احداهن بمجيء الغد وبين قبل الغد واذا بين بعد المدة تعينت وتعينت المبانة ثم مضت اربعة اشهر اخرى فعند ابي يوسف لا تبين الاخرى وكذا اذا لم يبين وقالا تبين لان اليمين باقية ما لم يحنث ولما زالت مزاحمة الاولى بالبيان تعينت الاخرى للايلاء كما لو ماتت احداهما وله انه آلى من احداهما لا منهما واحد هنا ليست نكرة حتى تعم لانها مضافة وتعينت فلا تبين الاخرى وفي المحيط لو قال انتما على حرام يكون موليا من كل واحدة منهما ويحنث بوطيها ولو قال والله لا اقربكما لا يحنث الا بوطيهما والفرق ان هتك حرمة اسم الله تعالى لا يتحقق الا بوطيهما وفي قوله انتما على حرام صار ايلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود في كل منهما ولو آلى ثم ارتد ثم اسلم ثم تزوجها يكون موليا عند ابي حنيفة رح وروى ابو يوسف عنه انه يبطل ايلاؤه واذا اختلفا في الفيء مع بقاء المدة فالقول له لانه يملك الفيء وبعد مضي المدة فالقول لها لانه ادعى الفيء في حالة لا يملكه فيها والله الموفق

باب الخلع هو لغة النزع خلع ثوبه ونعله ومنه خالعت المرأة زوجها اذا افتدت منه بمال وخالعها وتخالعا صيغ منها المفاعلة لاخذ الملابسة كل لاخر كالثوب قال تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن وفي الشرع اخذ المال بازاء ملك النكاح والاولى قول بعضهم ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوي والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم ازالة ملك النكاح ببدل ولا بد من زيادة قولنا بلفظ الخلع ونحوه وببدل فيما يليه فالصحيح ازالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل في حكمه من وقوع البينونة لا مطلقا والا يجري فيه الخلاف في انه فسخ وفي سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف ولو قيل انه بالمفهوم الشرعي ما صدقات المفهوم اللغوي لان النزع مطلقا اعم من كون متعلقه امرا حسيا او معنويا كقيد النكاح بمقابلة شيء او لا ثم لم يبعد ولا ينافي ذلك النقل كما غلط من جعل اصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقته في مطلق مسمى الاصول لغة لان تخصيص الاسم بالاخص بعد كونه للاعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا وصفته انه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى احكام اليمين من جانبه واحكام المعاوضة من جانبها عند ابي حنيفة وعندهما يمين من الجانبين وستاتي ثمرة الخلاف **قوله** اذا تشاق الزوجان اي تخاصما وخافا اي علما كقوله ولا تدفنني في الفلاة فانني اخاف اذا ما مت ان لا اذوقها اي اعلم وحدود الله تعالى ما حده من المواجب التي امر ان لا تتجاوز وهذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لانه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتها كذا قيل وقد يقال جواب المسئلة في كلام القدوري الاباحة فانه قال فلا باس ان تفتدي نفسها منه بمال واباحة الاخذ منها مشروط بمشاقتها فهو معتبر شرطا في ذلك **قوله** فاذا فعلا ذلك وقع الخلع تطليقة بائنة ولزمها المال هذا حكم الخلع عند جماهير الائمة من السلف والخلف وذهب المزني الى ان الخلع غير مشروع اصلا وقيدت الظاهرية صحته بما اذا كرهته وخاف ان لا يوفيها حقها وان لا توفيه حقه ومنعته اذا اكرها هو وقال قوم لا يجوز الا باذن السلطان روي عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن وقالت الحنابلة لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لا ينقص عدد الطلاق وقال آخرون يقع و

لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة

ويكون رجعيا فان راجعها رد البدل الذي اخذه رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال فكان الزهري يقول ذلك وجه قول المزني ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فسخ حكمها بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا اجيب بانه متوقف على العلم بتأخر هذه وعدم امكان الجمع والاول منتف وكذا الثاني لان هذا النهي متعلق بما اذا اراد الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الاخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا نعم لو اراد بالنسخ تقدم حكمها على المطلقة في تلك الصورة اعني صورة ارادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسنا وحاصله انه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو وجه مذهب الظاهرية فان قيل الجواب مبني على الخلاف في تقديم الخاص مطلقا فالجواب لا يصح لان هذا الموضع مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا لانا اذا قلنا يتعارضان كان الحكم الثابت ح وجوب الترجيح ان امكن والترجيح ثبت للمحرم على المبيح لان فيه الاحتياط وهو هنا في تقديم الخاص فيجب ان يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص وكل موضع قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الافراد كما في لا صلوة بعد الفجر والعصر مع قوله صلى الله عليه وسلم لا تمنع احدا طاف بهذا البيت وصلى آية ساعة شاء من ليل او نهار او ايجابا كقوله صلى الله عليه وسلم فيما سقت السماء العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة والا فنفس كونه عاما لا يقتضي التقدم لعين مفهومه بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل لو وجب القول بموجبها وهو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز من قبله وهو ما ذكر المصنف بقوله كره له ان يأخذ يعني كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب وان قال الامام المحبوبي في جوابهم تأويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب المال وتملكه لان الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها فان المعارضة تنفي القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه اراد ما ذكرنا وسيأتي ما هو الحق فيه ان شاء الله تعالى وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعي في القديم ما روي عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة وليست بطلاق رواه الدارقطني عنه وروى عبد الرزاق عنه لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له ان ينكحها ذكر الله الطلاق في اول الآية وفي آخرها والخلع بينهما قالوا وروى نافع مولى ابن عمر رض انه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء تخبر ابن عمر رض انها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء عمها الى عثمان رض فقال له ان ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم افتنتقل فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها الا انها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية ان يكون بها حبل فقال ابن عمر عثمان خيرنا واعلمنا فهؤلاء اربعة من الصحابة فان ضم عمها صحابيان قالوا بذلك ويستدل عليه ايضا بالآية قال تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان الى ان قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها يعني الثالثة المفاد شرعيتها بقوله او تسريح باحسان على ما اسلفناه من التقرير في فصل فيما تحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق والا كان الطلاق اربعا والثاني منتف ايضا فان النكاح عقد يقبل الفسخ وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الافتداء قلنا اما هذا الاخير فحاصله انه وجه مجوز لكونه فسخا لا يوجب كون الواقع في الواقع احد الجائزين بعينه وهو انه فسخ او طلاق فلا يفيد واما الآية فالنظر الى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل ان الافتداء فرقة ليس غير فان حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما افاد شرعية الثلث او بين ذلك نص على حكم آخر هو جواز دفعها البدل تخلصا من قيد النكاح واخذه منها من غير تعرض لكونه غير طلاق او طلاقا هو الثالثة او لا فتعين اخذه من خارج

ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن

البتة وهذا اوجه من قولهم بين المسألتين تعويض وتغيير ولانه لا يحتاج الجواب اليه كما سمعت ولانه يقتضي ان لا يشرع الخلع الا بعد تطليقتين بل انما يفعل بعد الثنتين
الثلث ويبين حكمها آخرا الآية جواز الافتداء عن ملك النكاح من غير زيادة على ذلك واما ما ذكره محمد عن عثمان فمعتقد بشهادة ليس فيه سوى انه قال لا عدة عليها
ولا تنكح حتى تحيض حيضة واصل هذا ما روي من حديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان تعتد بحيضة تسمى حيضة
عدة رواه ابو داود والترمذي والحاكم وصححه ثم رأيناه صلى الله عليه وسلم حكم في خلع امرأة ثابت بن قيس بانها طلقة على ما في البخاري انه
قال اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فقول عثمان لا عدة عليها يعني العدة المعهودة للمطلقات وللشارع ولاية الايجاب والاعدام فهذا يفيدك
بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا على ان الذي نعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع ان ربيع بنت معوذ
جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فاخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال ابن عمر عدتها عدة المطلقة
وقال بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب انهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء وقولهم انه قول الرابعة من الصحابة ممنوع
لانه ليس لكل من الصحابة باتم الصحابي يتبع اقضية النبي صلى الله عليه وسلم ووعى الاحكام وعلم المتأخر والمتقدم وصار اهلا للاجتهاد بل ليس له
من الصحبة بذلك فظاهر حال ربيع وعمها ذلك فانهما استفتيا عثمان فقال ما قال فاعتقداه فليس في المعنى الاقول صحابيين لان المعتمد قول اهل
الاجتهاد وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخا وهو منتف بما روي عن عثمان مما يخالف ذلك فلم يبق الا قول ابن عباس وذلك ما روى
مالك عن ام بكرة الاسلمية انها اختلعت من زوجها فارتفعا الى عثمان رضي الله عنه فاجاز ذلك وقال هي طلقة بائنة الا ان تكوني سميت شيئا فهو على ما سميت
ولا يعرف فيه الا ان جمهان لم يعرفه الامام احمد فرد الحديث لذلك وهو جمهان ابو المعلى او ابو يعلى مولى الاسلميين ويقال مولى يعقوب القبطي يعد
في اهل المدينة تابعي روى عن سعد بن ابي وقاص وعثمان بن عفان وابي هريرة وام بكرة الاسلمية وروى عنه عروة بن الزبير وموسى
بن عبيدة الربذي وغيرهما وقال ابن حبان في الثقات هو جد جدة علي بن المديني فهي انه عباس بن جمهان روى له ابن ماجة حديثا واحدا في الصوم
عن ابي هريرة لكل شيء زكوة وزكاة الجسد الصوم والصوم نصف الصبر فلهذا صرح اصحابنا بنقل مذهبنا عن عثمان وابن مسعود وعلى فلم يعارضه قول
غيره بل هو مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اسند ابن ابي شيبة ثنا علي بن هاشم عن ابن ابي ليلى عن طلحة بن مصرف عن ابراهيم النخعي عن علقمة عن
ابن مسعود قال لا تكون طلقة بائنة الا في فدية او ايلاء وروي عن علي ايضا وتقدم ما رويناه عن عثمان وقال عبد الرزاق ثنا ابن جريج عن داود
بن ابي عاصم عن سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة ومراسيل سعيد لها حكم الوصل اتفاقا لانه من كبار التابعين وكبار
التابعين قل ان يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا عن صحابي وان اتفق غيره نادر عن ثقة بهذا اتبعت مراسيله وبه يقوى على حجية ما رواه
المخالف عنه صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة وكذا ما اخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدي واعله بعباد بن كثير الثقفي عن ان النبي صلى الله
عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة وان كان الاصح على طريق اهل الشام لان الحكم بالضعف انما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الامر جاز ان يقوم
دليل الصحة في نفس الامر مع الضعف في الظاهر وههنا نظر على اصولنا وهو ان ابن عباس رضي الله عنه روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن
ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا اعيب عليه في دين ولا خلق ولكني اكره الكفر في
الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ثم ان ابن عباس

الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا لانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تاخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا

قال بانه فسخ وعلل الرافعي عدمه بخلاف رواية نزول منزلة ورواية الفسخ الخلع الا ان يثبت رجوعه كما قالوا والله اعلم به والجواب ان تقديره ان
ثابتا فانما تمتثلا الامر وهو صلى الله عليه وسلم لا يبتغي من محل النزاع فهو الخلع بل يقيم طلاقا على ان نقول ابن عباس بعد ذلك الحق نسخ كما هو مسلم
اخرى في رتبة ياتي من تسمية الراوي رجاحا ثبتت فان كان هو نسخا الاسماء يعني اول طلاق بمال لان الظاهر ان المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها
انتفى قوله صلى الله عليه وسلم فطلق وكثيرا ما يطلق الخلع على الطلاق بمال وعلى كل حال فالاظهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما فيه من المرفوع الصريح الذي
لا يقاومه النقل التقديري ولو تركنا الكل بتعارض ورجعنا الى النظر في المعنى افاد ما قلنا فمن ذلك ما ذكره المصنف رح بقوله ولانه اي الخلع من كنايات
حتى لو قال خلعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا لان حقيقة الخلع لا تتحقق الا به وقد قدمنا في الكنايات انها عوامل بحقائقها والنكاح قائم الى ان
فلم تخلع ثم لم يخرج عن ذلك الا بذكر المال وذلك لا يقتضي خروجه عن حالته ذلك والضابط ان فرقة بعد تمام النكاح والاصل فيه كونها طلاقا فالا انه هو المعهود
والحمل على المعهود واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما اريناك والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لان النكاح فيه خيار البلوغ والمعتقة
وخيار المولى وكان ذلك امتناعا عن اتمامه معنى والنكاح لكنه ضروري لانه وارد على الحرية فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع
فيقتصر الملك في حق الفسخ قوله الا ان ذكر المال استدراك بما يتوهم لزومه على قوله انه كناية من افتقاره الى النية ومقتضاه انه اذا انكر لا يصدق قضاء
وليس كذلك قالوا لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمباراة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بان يقول بارأتك على الف او بعت نفسك او طلاقك
على الف وعند عدمه يصدق في انكارها قضاء في الخلع والمباراة لا في لفظ الطلاق والبيع لانهما صريحان ذكره في الكافي فاجاب بان ذكر المال اغنى عنها
اذ هو قرينة ظاهرة على ارادة الطلاق اذ من المعلوم انه لا يستحقه الا بسببه اما وجه من قال لا بد من اذن الامام فلم اره ونظيره قوله تعالى فان خفتم الا
يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فانه تعالى شرعه بشرط خوف الائمة والحكام اذ هم المخاطبون بقوله تعالى فان خفتم وهذا فرع الترافع اليهم ان كان
خطاب تاخذوا للازواج وهو غير مستغرب في القرآن ان يكون خطابا بان ياخذ مال الاخر والمخاطبون باخذها غيرهم بالاخر والجواب ما ذكرنا من قصة الربيع فانها
من قبلها يفيد ان الخلع وقع دون علم عثمان رضه وبه ولم ينكره وكذا ابن عمر حين سمع به فاذا ادعيناها ذلك فيكون المراد من الاية اذ الائمة متمكنين من الخلع
اذا خافا فيما بينهما عدم القيام بالواجب بينهما اذا رفعا اليهم وعلى اعتبار ذلك المفهوم منه لم يتمكنا عند عدم الخوف بالقبول ولكن تخص
فتبين بما فيه ليس فيها كالقول صلى الله عليه وسلم المختلعات من المنافقات رواه الترمذي وعنه في ابي داود وعنه صلى الله عليه وسلم ايما امراة اختلعت من زوجها
من غير باس فلم ترح رائحة الجنة لا بالحكم تتم صحة النفاذ والصحة اذا وقع واما وجه من قال انه رجعي فدليله فيه الا جامع له لانه اعتبار على الوجه المذكور في الكتاب
فيه ويتوهمها بذلت المال لتسلم لها نفسها والله تعالى شرع الافتداء الا لذلك والا لو كان رجعيا لم يحصل الغرض الذي شرع لاجله والله اعلم وعنه والترجيح في تلك المسالة
حكم تصحيح هذه المعاوضة فلا بد من ان تملك نفسها حكما لها تحقيقا لها كما في جانبه والله سبحانه اعلم قوله وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها شيئا
لقوله تعالى فلا تاخذوا منه شيئا نهى عن الاخذ منها عند نشوزه او كونه منه وتقدم ما قيل من ان ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس بشيء اذ
لا معارضة في التحريم فان اطلاق نفي الجناح في الاية المطلقة يقيد بالمشاقة فان الاية تكون ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما
حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به والنهي في الاية الاخرى مقيد بالعزوه بالنشوز فلا يتلاقيان فلا تعارض في حرمة
الاخذ على انه لو تعارضا كان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة اخذ مال المسلم بغير حق وفي امساكها لا لرغبة بل اضرارا وتضييقا

لا طلاق ما تلونا بدءاً ووجه الأخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكماً والإباحة وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض فبقي معمولاً في الباقي

لتقتطع مالها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي فيها معه ذلك وقال تعالى ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حراماً إلا أنه لو أخذ جاز في الحكم كما ذكره المصنف وآخراً أي يحكم بصحة التمليك وإن كان بسبب خبيث وعلله بقوله لأن مقتضى ما تلونا يعني قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به شيئان الجواز حكماً يعني الصحة والنفاذ في القضاء فإنه ذكره شبهاً بأخذ الزيادة وقد قال فيها جاز في القضاء والإباحة ترك العمل به في حق الإباحة لمعارض وهو قوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج الآية فبقي معمولاً به في الباقي أي الجواز في القضاء لا يقال الجواز هو الإباحة ويتلازمان وجوداً وعدماً لأنا نقول إن معنى الإباحة استواء الطرفين فلا أجر ولا وزر ومعنى الجواز من جاز أي جرى ونفذ فهو النافذ شرعاً أي الصحيح وهو المعتبر سبباً لترتب الآثار الشرعية أعم من كونه مع الحل والحرمة كما في كل نهي عن أمر شرعي لم يقم فيه دليل على أنه لعينه كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم وهنا كذلك فالأخذ حرام في حال عدم نشوزها وإن كان برضاها ولو فعل كان أخذه سبباً للتمليك كما في البيع فيما قلنا حيث يملك بسبب ممنوع لا يقال النهي هنا عن أمر حسي فيعدم وجوده شرعاً يكون فيخرج عن أن تكون مباحة سبباً مفيداً لحكم الملك كالنهي عن الزنا لأن ذلك مقتضاه إذا لم يدل الدليل على أن النهي لغيره العينه وهنا دل على أنه لزيادة الإيحاش وللقائل أن يقول إذا ترك في حق الإباحة لمعارض يلزم أن يفوت النفاذ شرعاً وذلك لأن دلالته على النفاذ ليس إلا دلالة التزامية للإباحة لأن دلالة المطابقة على الإباحة إذ هي المعنى المطابقي لنفي الجناح فيلزم من ثبوت الإباحة النفاذ فإذا ارتفعت الإباحة ارتفعت بلازمها إلا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعاً مع عدمها وعلى هذا فيظهر قول الظاهرية **قوله** لا طلاق ما تلونا بدءاً أي أولاً وهو قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني بطريق الدلالة لا العبارة فإن عبارته رفع الجناح عند مشاقتهما ولا شك أن مشاقتهما مشاقة فإذا كان له أن يأخذ ما افتدت به مطلقاً فيما فيه مشاقتها فأخذه ذلك فيما لا مشاقة منه فيه أولى **قوله** ووجه الأخرى **قوله** عليه السلام في امرأة ثابت إلى آخره تقدم ذكر الحديث من رواية البخاري وليس فيه ذكر الزيادة وقد رويت مرسلة ومسندة فروى أبو داود في مراسيله وابن أبي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء وأقرب الأسانيد مسند عبد الرزاق قال أنا ابن جريج عن عطاء جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال أتردين عليه حديقته التي أصدقك قالت نعم وزيادة قال أما الزيادة فلا وأخرجه الدارقطني كذلك وقال وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح وأخرج عن أبي الزبير أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته التي أعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا ولكن حديقته قالت نعم فأخذها وخلى سبيلها انتهى قال سمعه أبو الزبير من غير واحد ثم أخرج عن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ الرجل من المختلعة أكثر مما أعطاها وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضي أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضاً فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته فأمره أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد ورواه من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة وكذا رواه الإمام أحمد وسماها حبيبة بنت سهل الأنصارية وزاد فيه وكان ذلك أول خلع في الإسلام فقد علمت أنه لا شك في ثبوت هذه الزيادة لأن المرسل حجة عندنا بانفراده وعند غيرنا إذا اعتضد بمرسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الأول أو بمسند كان حجة وقد اعتضد بهما جميعاً وظهر لك الخلاف في اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب وفي اسم أبيها عبد الله بن سلول أو سلول أو سهل والمسألة مختلفة بين الصحابة فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته أنها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخوصم في ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه وأمره أن يأخذ عقاص رأسها فما دونه وذكر أيضاً عن ابن جريج عن

وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة

موسى بن عقبة عن نافع ان ابن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من كل شيء لها وكل ثوب حتى نقبتها وروى ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما رفعت اليه امرأة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها ذكره حماد بن سلمة عن ايوب عن كثير بن ابي كثير عنه وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عتيبة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه لا يأخذ منها فوق ما اعطاها ورواه وكيع عن ابي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن ابيه عن علي انه كره ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها وقال طاوس لا يحل له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها واوردوا ان شرط قبول خبر الواحد ان لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به اجيب اذا خص منه شيء او عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان هذا الحديث ان كان معارضا بالنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى ولا تأخذوا منه شيئا فكان في الحقيقة معارضة بالكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لانه موافق لاحد النصين وفيه نظر لما قدمنا من ان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده واطلاق الاخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص لان مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض تناوله ولانه تخصيص لا يقال اخذ الزيادة ايضا غير متناول المطلقة لانه في نشوزهما ونشوزها وحدها ليس نشوزهما لانا نقول تثبت اباحة اخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق اولى كما بينا على هذا فيظهر كون رواية الجامع اوجه نعم يكون اخذ الزيادة خلاف الاولى ويكون محمل منعه صلى الله عليه وسلم ثابتا من ان يزداد الحمل على ما هو الاولى وطريق القرب الى الله سبحانه والله اعلم

قوله ولو طلقها الخ صورته ان يقول انت طالق على الف او بالف او على ان لي الف او عليك الف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسيأتي وقوله فقبلت وقع الطلاق غير متوقف على الاداء ولزمها المال فيطالبها به ان كانت حرة او امة اختلعت باذن سيدها حتى تباع فيه وان اختلعت بغير اذنه لا تطالب الا بعد العتق وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار تعلق القدر بالقبول لا الاداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الاداء اولى هنا يتم التقرير ولا بد من كون القبول في المجلس لما قدمنا وزاد في النهاية **قوله** ولو قلنا بتعليقه بالاداء لكانت كلمة على للشرط المحض وهي انما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله انت طالق على ان تدخل الدار يعني ان تعليقه بالاداء يخرج الى ان المعنى ان اديت فانت طالق وهو الشرط المحض وهو مضر في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على ذكر الثمن ونحوه وقد يقال ان ذلك جائز في المعاوضات المحضة اما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من انه يمين من جانبه او الجانبين فليس هذه الزيادة محتاجا اليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك واعلم ان تعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرده هو فيما تحقق فيه التحقيق اما فيما تحتمل فلا فلذا اختلف فيما اذا قال خلعت نفسك مني بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقا وقيل لا مطلقا وقال الفقيه ابو جعفر ينوي الزوج ان اراد به التحقيق دون السوم للبيع او التحقيق يصح لانه حينئذ امر وهو المختار للفتوى **قوله** لما بينا يعني قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها **قوله** وهي النفس اثبته

قال وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وإنما لم يجب للزوج شيء عليها لأنها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمى للإسلام ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر أنه خمر لأنها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا أما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لأن البضع في حالة الدخول متقوم والفقه أنه شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهارا لشرفه فأما الإسقاط فنفسه شريف فلا حاجة إلى إيجاب المال

تسمية الألف وهو مذكر لتأنيث اسمه الآخر أعني النفس **قوله** وإن بطل العوض في الخلع إلى آخره حاصله أنه إذا شرطا في الفرقة عوضا غير متقوم حتى بطل فإما أن يكون موقعا بلفظ الخلع أو الطلاق ففي الخلع يقع بائنا وفي الطلاق يقع رجعيا إن كانت مدخولا بها وهي دون الثلاث وترك المصنف التقييد بهما لاشتهار الحال في الطلاق الثلاث وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على أحد وفيهما معا لا يجب شيء للزوج ووجه الحكم الشامل أن ملك النكاح في الخروج غير متقوم ولذا لا يلزمه شيء في الطلاق رجاء ما أو باحة الافتداء إليس وفيما تقومه شرعا والتسمية القيمة ولو بالنوع كمهر المثل فإذا سمى غير المتقوم في غير المتقوم كان راضيا بسقوطه مجانا ووجه الافتراق أن لفظ الخلع من الكنايات لأنه دال على قطع الوصلة لأنه من خلع الخف والنعل والقميص وقدمنا أن الكنايات عوامل بحقائقها فما أفاد حقيقة منها قطع الوصلة كان الواقع به بائنا وإلا فرجعي ولفظ الخلع من الأول بخلاف لفظ اعتدي استبرئي رحمك أنت واحدة على ما سلف فإنما يقع بها الرجعي ولفظ الطلاق صريح لا يقتضي البينونة ولولا ثبوت هذا الاعتبار عندنا في الكنايات لقلنا بالرجعي فيهما كقول مالك وأحمد والشافعي بما لفقنا في هذا الاعتبار في الكنايات على ما أسلفناه فيها وقال هناك إن الواقع بائن بناء على أنه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض في المهر وهو ضعيف لأنه مع الفارق فإن الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول حتى لو سكتا عن المهر لزمت قيمته وهي مهر المثل ولم يجعله متقوما حال الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة وفي كتب المالكية لو خلعها على حلال وحرام كخمر ومال صح ولا يجب له إلا المال فقبل وهو قياس قول أصحابنا وهو صحيح وفي جوامع الفقه خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شيء لأنه مال لا يستحقه بحال وعرف مما قررناه أن اقتصاره على قوله لأنه من الكنايات لا يستلزم البينونة **قوله** بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه لأنها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا فيرجع عليها نعم عند أبي حنيفة يرجع بمهرها وعندهما بمثل كيل الخمر خلا وسطا كما في الصداق على ما تقدم في باب المهر ولو علم الزوج بكونه خمرا لا شيء عليه **قوله** وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر أو نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم واحترز به عما لو كاتبه على ميتة أو دم فإن الكتابة باطلة حتى لو أدى الميتة والدم لا يعتق وهنا فاسدة فلو أدى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه لأن ملك المولى فيه متقوم ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الأجنبي كقيمته ابتداء وما رضي بزواله مجانا لأنه لو رضي لنجز عتقه ابتداء فتسمية المال غير متقوم في المتقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض والعتق لا يتوقف بعد وجوده فيتنزل ولا يمكن رفعه ولا إيجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه لأنه إذا تعذر البدل في موضع لزومه يجب قيمة المبدل ولقائل أن يقول إن عني يكون العبد متقوما عند الخروج أو حالة البقاء لزم قيمته عند خروجه شرعا فممنوع وإن عني إمكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج فلا يفيد هذا الفرق في الرجوع بينهما في تسمية الخمر والخنزير والجواب المراد أمر ثالث وهو كونه ذا قيمة في الواقع بإذن الشرع قوم أو لا بيع أو هبة وليس هذا في البضع حالة الخروج **قوله** والفقه فيه أي في لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج إنما هو البضع شريف

قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه وان اختلعت على عبد لها ابق

فلم يشرع تمليكه الا بعوض فاما الاسقاط فنفسه شرف اي يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية فلا حاجة الى ايجاب المال اذ لم يجب الا لهذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه **قوله** وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس كليا فالصادق بعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرا والبعض لا كالاقل من العشرة وما في يدها وما في بطن غنمها وبطن جاريتها يجوز وله ما في بطونها ولا تجوز مهرا بل يجب مهر المثل والفرق ان ما في البطن ليس مالا في الحال بل في المآل فكانه تعليق بالانفصال من البطن واحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق فكذا الآخر اعني المال ولا يقبل ما يقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ولو لم يكن في بطونها شيء حالة الخلع فلا شيء له وما حدث في البطن بعد الخلع لها لا له لانها غير غارة اذ ما في البطن لم يتعين كونه مالا اذ ظهر بجواز كونه ريحا وميتة فلا يلزمها شيء ويصح التاجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالعطاء وهبوب الريح والميسرة وحيث لا يصح التاجيل يجب المال حالا وهذا لانه لما كان اسقاطا حتى جاز تعليقه وخلوه عن العوض بالكلية وكان مما يجري فيه التسامح فجاز المجهول والى الاجل المجهول المستدرك بالجهالة وعلى هذا الاصل يجوز اختلاعها على زراعة ارضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوة بها او خدمة اجنبي لان هذه تجوز مهرا وفي الخلاصة قالت طلقني على ان اوخر مالي عليك فطلقها فان كان للتاخير غاية معلومة صح به التاخير وان لم يكن لا يصح والطلاق رجعي على كل حال وكذا لو طلقها على ان تبرئه عن الكفالة اي التي كفل بها لها من فلان فالطلاق بائن انتهى كلامه لان الاول ليس فيه مال لان مطالبتها به لا يسقط بل يتاخر بخلاف الثاني لتحقق سقوط المال او مطالبتها اياه به **قوله** اولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم وهو البضع حالة الخروج بخلاف حالة الدخول فانه متقوم وعن هذا جاز تزويج الاب ابنه الصغير على مال الصغير ولم يجز ان يخلع ابنته الصغيرة على مالها ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الاقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت وهي في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث **قوله** لانها لم تغره بتسمية المال لان ما في يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان بذلك راضيا ان لم يكن مالا وكان ومثل هذا قولها على ما في بيتي او ما في بيتي من شيء وليس فيه شيء لا يلزمها شيء لان الشيء يصدق على غير المال فان كان فيه شيء حال قولها فهو له كله ولو قالت على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للغرور والوجه ظاهر في الكتاب وقوله لا وجه الى ايجاب المسمى اي ما سمته المراة وهو المال وقيمته للجهالة قيل عليه يجب ان يلزمه ما يصدق عليه اسم المال واقله درهم لما عرف في الاقرار وهو مذهب احمد والجواب الجهالة توجب الفساد ولان كون اقل ما يتمول درهما ممنوع **قوله** لانها سمت الجمع واقله

على ان يرتد من عبدها لم يرجع عليها بشي عنده ان قدرت تسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض
واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح واذا قالت طلقني ثلثا بالف

تمشية فان قيل هذا في قولها دراهم ظاهر امّا في المحلي فينبغي ان يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام اسم الجنسية وهو يصدق بالمفرد فينبغي ان يلزمها درهم فالجواب ان ذلك عند عدم امكان العهدية فاما ان امكن اعتبر كونه المراد وهو كذلك هنا فان قولها على ما في يدي افاد كون المسمى مظروف يدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها فصار بالدراهم عهد في الجملة من حيث هو ما صدقات لفظة ما وهو مبهم ولفظه من وقعت بيانا له وهو الدراهم هو المبين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذكر في قوله تعالى وليس الذكر كالانثى للعهد لتقدم ذكره في قوله ما في بطني محررا وان كان يخالفه في كون دخول اللام هنا واقعا بيانا للمعهود بخلافه في وليس الذكر لان المراد بلفظ ما فيه متين لان المنذور للبيعة انما هو الذكر ولانه لا يكون للجنس الا عند امكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس في لا اشتري العبيد لامكان الاستغراق في النفي دون اشتري العبيد لعدم الامكان فيحنث بشراء عبد واحد في الاول ولا يبر الشراء عبد في الثاني بل بشراء ثلاثة وبهذا التقرير تبين لك ان من لبيان الجنس لا صلة كما ذكره المصنف الاتري الى صدق ضابطها وهو صلاحية وضع الذي موضعها موصولا بجد خولها حال كونه خبر المبتداء الذي هو ضمير المبهم هكذا ما في يدي الذي هو الدراهم لقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان لصدق الرجس الذي هو الاوثان اللهم الا ان يكون لمن في لفظ العلة اصطلاح وما قيل ان تعين الثلثة فيما اذا لم يكن في يدها شئ لان البضع محترم فلا بد من عدد معتبر وهو الثلاثة دفع بانه فرع تقوم البضع في الخروج وهو منتف وفيه نظر لان المراد به لما لزمه المال من قولها على ما في يدي من الدراهم وكان البضع محترما فالظاهر ان يراد به بدل اسقاط الملك عنه ما هو معتبر والدرهم الواحد وان صدق عليه الجنس الذي صار اليه الجمع غير ذي خطر ولذا لم يقطع العضو به بخلاف الجمع فانه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالفرد فيحمل عليه حملا لا دلالة بالمعين المذكور كما انه ربما يحمل على الفرد بمعين لكونه التيقن عند عدم المعين غيره **قوله** على انها بريئة يعني ان وجدته سلمته والا فلا شيء عليها **قوله** وعليها تسليم عينه الى آخره هذا فرع صحة التسمية وانما صحت في الخلع لان مبناه على المسامحة بسبب انه اعتياض عن غير مال فالعجز عن تسليمه لا يفضي الى المنازعة في القيمة فيدافع وكذا لو خالعها على عبد الغير صحت ووجب تسليمه ان رضي سيده والا فقيمته وهذا الطريق اولى لانه يجوز التزوج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع اولى بخلاف البيع لان مبناه على المشاحة فالعجز يفضي اليها وهو لم يشرع الا لقطعها فلا يجوز تسمية الآبق فيه وبخلاف ما اذا خالعته على دابة وعلى ان تزوجه امرأة وبمهرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع بمهرها لان الجهالة متفاحشة لاختلاف الاجناس فلا يمكن ايجاب المسمى بعينه لا قيمته بخلاف ما نحن فيه لانه يمكن تسليمه او قيمته وغاية الامر ان يكون كتسمية عبد وسط واذا صحت التسمية اوجب تسليم المسمى خاصة اما البراءة عن ضمانه فباطل لانه اشتراط عدم البدل في عقد المعاوضة وهو اشتراط عدم حكمه فيبطل هذا

فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء تصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال وان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا

الشرط بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لانه يصح وان كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب اصله لان وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب اصله هو مقتضى العقد ثم يجب كونه سليما لان مطلق التسمية يقتضى كماله لان العيب فائت من وجه فكان الموجب الاصلي هو العين فاشتراط نفيه اشتراط نفى نفس مقتضاه بخلاف اشتراط كونه معيبا لانه اثباته ثم اسقاط لبعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه وذلك لا يخل باثبات مقتضاه او نقول السلامة انما هي مقتضى العقد الذي لم يشترط فيه عدمها وهو المطلق لا غير بخلاف اصل البدل فانه حكم كل عقد مطلقا ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي اخذته لانها غرته بتسمية العبد ولو كان حيا فاستحق لزمها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسميته ذكره شمس الائمة ويجب في صورة ما اذا كان مات قبل الخلع ان كان الزوج علم بذلك ان لا يجب له شيء كما قدمنا في الخلع المعين اذا ظهرت خمرا وهو يعلم وفي كافي الحاكم وان اختلعت بعبد حلال الدم فقتل عنده بذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده واخذ قيمته **قوله** فطلقها واحدة اي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شيء **قوله** فعليها ثلث الالف وبه قال الشافعي وعن مالك يقع بالف وعند محمد يقع بغير شيء والدعوى موقوفة على اثبات التلازم بين طلبها الثلاث بالف وطلب الواحدة بثلثه فاثبته بقوله ان الباء تصحب الاعواض باتفاق والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة ولا نخلى بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض لكن العوض ان لا تتبرع بشيء منه لكن لازم هذا جعل كل طلقة بمقابلة ثلث الالف والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه لازم له لانه اذا كان العلم محيطا بالانقسام في نفس الامر يكون طلب الجملة بعوض طلب لكل جزء منه لكن يبقى فيه انه انما هو طلب الطلقة بحصتها حال كونها مع الطلقتين الاخريين لا منفردة فايقاعه الواحدة فقط ايقاع غير المسؤول فيقع بغير شيء وهو وجه قول الامام احمد رح فلذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الاول وهو جعلها كل طلقة بثلثها وجعله نظير من يقول لغيره بع هؤلاء العبيد الثلاثة بالف فباع احدهم بثلثها يجوز باعتبار انه يحصل بعض المقصود وكذا هذا بل اولى فان مقصودها الاصلي ملكها نفسها لقطع ملكه غير انها ذكرت احد صورتي ذلك وهو الثلث بعد علمها بحصة كل منها فاتيانها بواحدة تحصيل اصل المقصود في صورة اخرى فهو اولى بجوازه بحصتها بخلاف عدم الجواز في قوله بعتك هذه الاعبد الثلاثة بالف كل واحد بثلثها فقبل في واحدة لا يجوز على قول ابي حنيفة فانه لما نع فهو تفريق الصفقة فانه ضرر على البائع لان عادة التجار ضم الجيد الى الردي في الصفقة ليروج الردي فالقبول في بعضها الحاق الضرر به وبخلاف ما لو قال لها انت طالق ثلثا بالف فقبلت في واحدة لا يقع شيء ولا يجب شيء لان الزوج هناك راض بالبينونة مقابلا بثلث الالف حيث كان الايقاع منه وفي هذه لم يرض بها الا وان يكون بازائها الف ولم يوجد منه الايجاب ما يدل على

وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق ويملك الرجعة

اربعاء ولو قالت ثلثا بالف فطلقها ثلثا متفرقة في مجلس واحد استحق الالف استحسانا وفي الذخيرة قال طلقني ثلثا على الف ولم يبق من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الالف لانها التزمت بازاء الحرمة الغليظة وفي المنتقى لو قال انت طالق اربعا بالف فقبلت طلقت ثلثا بالف ولو قبلت الثلث بالالف لم يقع وفي الخلاصة قبيل الفصل الرابع في الامر باليد عن ابي يوسف رح لو قالت طلقني اربعا بالف فطلقها ثلثا فهي بالف ولو طلقها واحدة فبثلث الالف **قوله** وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط بين ان قوله قبله ان كلمة على للشرط مراده مجازا وفي النهاية لا يتم تعليل ابي حنيفة الا على تعليل المبسوط حيث ادعى انها للشرط حقيقة لانه على تقدير كونها مستعارا للشرط لهما ان يقولا لم صارت تلك الاستعارة اولى من استعارتها للمعنى الباء ولى لان حقيقتها الالزام بالاتفاق والمناسبة بين الالصاق واللزوم اكثر منها بين الالزام والشرط ثم نقل ما في المبسوط انها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا اذ الطلاق ما يتعلق به فيجب اعتبارها فيه اذ لا يعدل الى المجاز مع امكان الحقيقة والحق ان يقال انها حقيقة للاستعلاء اذا اتصلت بالاجسام المحسوسة كقمت على السطح والعتبة وجلست على الارض والبساط ومسحت على راسي وهو محل اطلاق العربية كونها للاستعلاء وفي غير ذلك هي حقيقة في معنى اللزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا الآية اي بشرط ذلك ونحو انت طالق على ان تدخلي الدار ونحو ما وجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعني هذا على الف واحمله على درهم والعرفية كافعل كذا على ان انصرك او اعطيك او اشفع لك عند فلان والمحل المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الامرين لان الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح وكون مدخولها مالا لا يرجح معنى الاعتياض فان المال يصح جعله شرطا محضا حتى لا ينقسم اجزاؤه على اجزاء مقابله كما قالت ان طلقتني ثلثا فلك الف حتى لا يكون شيء من الطلقات مقابلا لشيء بل المجموع بازاء المجموع كما يصح جعله عوضا منقسما كما في بالف ففي اعتبار المعاوضة ثلث الالف بالطلقة وفي اعتبار الشرط لا اذ الشرط لا يتوزع اجزاؤه على اجزاء المشروط بل مجموعه مجعول علامة على نزول كله فدار الامر بين لزوم ثلث الالف وعدمه فلا يلزم بالشك خصوصا في اللزوم اذ الاصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها وعلى هذا التقدير يكون على لفظا مشتركا بين الاستعلاء واللزوم وكونه لا يوجب التوقف عند اطلاقه كما في المشتركات لا ينفيه اذ غايته انه للزوم القرينة المعينة لاحد المفهومين وهو خصوص المادة اعني كون مدخولها جسما محسوسا او غيره وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد اما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الاطلاق فلا ولا شك ان الاشتراك واقع وليس لا دليل على انه يسلم دعوى ان المعنى الحقيقي هو الاستعلاء وانما في اللزوم ليس باولى من القلب وكون ذلك قول ائمة العربية لا يرجحه لان اهل الاجتهاد منهم اهل العربية وغيرها واحد في الكل لا ينقلها عن الواضع ان

ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض الف يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا

الى المعنى الحقيقي كذا بل ليس حكمهم به الا بناء على رواه متبادرا عند الاطلاق لاهل اللسان ونحن اوجدناك تبادر اللزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الآخر هذا ولو تنزلنا الى كونه في اللزوم مجازا لم يضرنا في المطلوب فنقول لما تعذرت الحقيقة اعني الاستعلاء كان في المجازي اعني اللزوم وهذا المعنى المجازي معنى كلي صادق مع ما يجب فيه الشرطية وما يجب فيه المعاوضة الى آخر ما قلنا بعينه **قوله** ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه **قوله** ولو قال انت طالق الى قوله ولا بد من القبول لو قال انت طالق بالف او على الف او خلعتك او باريتك او طلقتك بالف او على الف يقع على القبول في مجلسها فهو يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اليها اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها اما تعليقه بالقبول فلان الباء للمعاوضة وقدمنا ان في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول وكذا على عندهما فلا اشكال فعنده هي للشرط فلا بد من تقدير فعله فهو اما القبول او الاداء ويتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة فان قلت فلم لم تعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها فالجواب صلاحيته هذا المقدر لكونه قرينة معينة للشرط انه القبول او الاداء بعدم لزوم ارادة احدهما لا يستلزم لزوم جعله موجبا لاصل المال من غير ان يثبت لزومه بل قالوا ما هو ابلغ من هذا وهو لو قال انت طالق على ان تعطيني الفا تعلق بالقبول مصرح به في جواب الرواية من كتب محمد اما اذا قال لو اعطيتني او جئتني بالف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الاعطاء شرطا بخلاف ما على حتى انه اذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مسئلة على ان تعطيني دون ان اعطيتني الا ان يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بالف لها عليه وذلك لانه يقال على ان تعطيني منك لك او يراد قبوله في العرف قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون اي حتى يقبلوا للاجماع على ان بقبولها ينتهي الحرب معهم هذا ثم في قولهم ان اعطيتني يشترط الاعطاء في المجلس بوقوع الطلاق وفي قوله اذا او متى اعطيتني لا حاجة الى الاعطاء في المجلس وهذا يبين ان معنى المعاوضة يلاحظ وان ذكر تصريح الشرط وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم واما الثاني وهو اشتراط مجلسها فلانه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها اذا ابتدأت قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا اضافتها والمبادلات تستدعي جوابا في المجلس فاذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولها اذ ذاك وفي جانبه هو يمين على ما سنذكره **فرع** قال لاجنبية انت طالق على الف ان تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول الا بعد التزوج ولم يحك خلافا في جوامع الفقه وغيره جعل هذا قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف اذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت

ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه. ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان

والحق قول ابي حنيفة لانه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده **قوله** ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف او لعبده انت حر وعليك الف او قالت هي او العبد طلقني واعتقني ولك الف ففي ابتدائه يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرهما ولا شيء له قبلا او ردا وفي الثاني يقع اذا اجاب ولا شيء وقالا لا يقع شيء ما لم يقبلا فاذا قبلا وقع ولزمهما المال لهما ان هذا الكلام يقال لقصد المعاوضة حتى ان قوله للخياط خط هذا لك درهم وللحمال احمله ولك درهم يفيدها ويلزم المسمى المعاوضة بارادة تسبب الخياطة والحمل لكنه ترك لاحاطة العلم بارادته وطريق افادة اللفظ لذلك ان تجعل الواو للحال فالحاصل انت طالق او خطه في حال وجوب الالف لي عليك او لك علي ولا يتحقق هذا الحال الا بقبوله فعنده يثبت شرط الطلاق اذ الاحوال شروط فيقع عقيبه فيلزمه المال فان قيل انما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا قلت الخلع ايضا معاوضة وله ان قوله وعليك وقولها ولك الف جملة تامة والاصل في الجملة التامة ان تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود وكذا لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق وضرتك طالق تطلق الضرة للحال الا بقرينة تفيد مشاركتها فيها كما في قوله ان دخلت فانت طالق وعبدي حر فان العتق متعلق ايضا بالدخول لان قوله وعبدي حر وان كان تاما الا انه في حق التعليق قاصر لان الجزء الاول لا يصلح جزاء له بخلاف مسئلة الضرة لانه يكفيه ان يقول وضرتك ان كان عزمه التعليق لان جزاء الاول يصلح جزاء له ولا دلالة هنا لان الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال ووضع عدم اللزوم فالكرام يابون قبول بدلهما اشد الاباء بخلاف الاجارة لانها لم تشرع الا معاوضة فلا بد فيهما من المال حتى لو قال للخياط خطه مقتصرا لزمه اذا خاطه اجرة المثل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الايقاع عطف اخرى هي دعوى مال عليها ابتداء وفي قولها ولك الف ايجاب جملة مبتدأة وعدا منها والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم فيبقى الطلاق والعتاق فيهما بلا بدل بخلاف قوله اد الي الفا وانت حر لان اول كلامه غير مفيد حكما معتبرا الا باخره اذ لا معنى لامرها باداء من غير موجب والقرينة في حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليقا للعتق باداء المال فيتوقف الوقوع عليه اما هنا فاول الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهر وكذا منها لانه التماس صحيح كثيرا ما يفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره وعلم ان جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الانشاء وهو ممتنع على ما ذكروه في الاصول فتجب ان يكون واو الاستيناف وح ان ادعى انها حقيقة فيما تبادر اليه المنع فيحتاج في ترجيحه على الحال الى دليل والجواب ان احتمال الواو للحال والاستيناف حاصل وباحدهما يلزم المال وبالاخر لا فلا يلزم بالشك على انا نمنع كون جملة انت طالق انشائية وكذا انت حر وقد مناه في باب ايقاع الطلاق الدلالة على انها خبرية والطلاق يقع عنده شرعا بالتطليق الثابت ضرورة فارجع اليه **قوله** فقبلت اي الطلاق على حكمه من التزام

وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت

المال والخيار فالخيار باطل اذا كان للزوج فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزمها المال وهو جائز اذا كان للمرأة فلا يقع بقبولها حتى تسقط الخيار او تمضي الايام فاذا كان ذلك وقع ولزمها المال فان ردت الخيار في الايام بطل الطلاق ولزوم المال وهذا التفصيل كله عند ابي حنيفة ولا يخفى ان العبارة الجيدة ان يقال فان ردت اختيار الطلاق بان قالت لا اختيار الطلاق وعبارة قاضي خان فان ردت الطلاق وقالا الخيار في الوجهين باطل والطلاق واقع بمجرد قبولها وعليها المال وجه قولهما ان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لانه لم يشرع الا في عقد لازم كالبيع والكتابة لا للمنع من الانعقاد والتصرفات اعني ايجابه وقبولها لا يحتملان الفسخ من الجانبين اي لانه ولانها لانه في جانبه يمين اذ حاصله تعليق الطلاق بقبولها المال وفي جانبها شرطها اي شرط اليمين وهذه تنافي الخلف فاذا تعلقت كان ذلك وجود الشرط وشرط اليمين اذا وجدت لا يتصور فسخها فتعذر فسخها ولم يكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد لما من فيبطل من الجانبين فاذا بطل انبرم ما شرط فيه وله ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع يعني معاوضة فاذا صح رجوعها عنه اذا ابتدأت قبل ان يقبل هو ولا يتوقف على ما وراء المجلس بالاتفاق سنبين حتى لو قامت فقبل هو او قامت ثم قبلت فيما اذا كان هو المبتدي لا يصح ولو ذكره بصيح الشرط في الكافي للحاكم ابي الفضل اذا قالت ان طلقتني ثلثا فلك علي الف فان فعله في المجلس فله الالف وان فعله بعده فلا شيء له وفي جانبه يمين لما قلنا حتى لا يصح رجوعه بعد قوله انت او هي طالق على كذا او بكذا او يتوقف على ما وراء المجلس فلا يبطل الا ان ينقضي مجلس خطابها او مجلس بلوغها الخبر قبل ان يقبل فيصح تعليقه واضافته حتى لو قال اذا جاء غد فقد خالعتك على الف او فقد طلقتك على الف وقبلت في الغد في مجلس علمها وقع ولزمها المال ولا يصح قبولها قبل الغد لان نفس الايجاب معلق بالشرط فهو عدم قبله ولا يصح القبول قبل الايجاب فلا خيار في الايمان فبطل خياره فيصح في البيع فيصح خيارها وكونه شرطا يمينه لا تبطل حقيقة في نفسه الا يرى انه لو قال ان بعتك هذا فهو حر يكون نفس البيع شرطا يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب وبالخيار بخلاف ما لو قال ان دخلت فانت طالق على انك بالخيار لا يصح لانه خيار في الطلاق لا معاوضة فان قيل ثبوت الخيار في البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره فالجواب اذا اثبتناه هنا بدلالة النص فان ثبوته في البيع لدفع الغبن في الاموال والغبن في النفوس اضر والحاجة الى التروي فيه اكثر فانه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل مثله لها ابدا وهذا المعنى يقف عليه كل لغوي بعد علمه لشرعيته في البيع فكان بدلالة النص **قوله** وجانب العبد في العتاق اي على مال كجانبها في الطلاق فيصح فيه شرط الخيار له اذا قال انت حر على الف على انك بالخيار ثلاثة ايام **فرع** من صور تعليق الخلع ان يقول ان دخلت فقد خلعتك على الف فتراضيا عليه فدخلت فصح الخلع ذكره في علامة السين من التجنيس لان التعليق من الزوج يجوز لانه طلاق وهذا يفيد ان قبولها قبل الشرط في الوجيز

فالقول قول الزوج ومن قال لعبده بعت منك نفسك امس بالف درهم امس فلم تقبل فقال بل قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع فلا يتم الا بالقبول فكان الاقرار به اقرارا بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه

اذا قال اذا قدم فلان فقيد طلقتك على الف واذا جاء غد الى اخره كان القبول اليها بعد مجيئ الوقت وقدوم فلان
قوله فالقول قول الزوج اي مع يمينه وحقيقة الفرق بين الصورتين ان قوله طلقتك امس على الف اقرار
بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق اذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه الموجود بعد هذا منه ومنها اختلاف في وجود الشرط
وهي تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر وهو غير مناقض اذا لم يقتض رجوعه عن شئ مما اقر به والقول للمنكر بخلاف قوله
بعتك فانه اقرار بقبول المشتري اذ البيع لا يتقوم الا به فانكاره قبوله رجوع عما اقر به فلا يقبل حتى لو قال
لها بعتك طلاقك امس فلم تقبل فقالت بل قبلت كان القول لها وقوله لعبده اعتقتك امس على الف فلم تقبل
وبعتك امس نفسك بالف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها ولهذه المسئلة اخوات في كتب محمد رح قال لها
قد طلقتك واحدة بالف فقبلت فقالت انما سألتك ثلاثا بالف فطلقتني واحدة فلك ثلثها القول للمراة مع يمينها
فان اقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع او قالت اختلعت
بغير شئ فالقول قولها والبينة بينة الزوج اما اذا اتفقا انها سألته ان يطلقها ثلثا بالف فقالت طلقتني
واحدة وقال هو ثلثا فالقول قوله ان كان في ذلك المجلس الا يرى انه لو قال لها انت طالق انت طالق في
مجلس سواء لها بالثلاث بالف كان له الالف فغايته هذا ان يكون موقعا الباقي في المجلس فيكون مثله فان كان
غير ذلك المجلس لزمه الثلث وان كان في العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج الا ثلث الالف وان قالت
سألتك ان تطلقني على الف فطلقتني واحدة فلا شئ لك يعني على قول ابي حنيفة رح وقال هو بل سألتني واحدة على الف فطلقتكها
فالقول قولها على قول ابي حنيفة رح وان قالت سألتك ثلثا فطلقتني في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره وقال
بل الثلث فيه فالقول لها وان قالت سألتكما ان تطلقني انا وضرتي على الف فطلقتني وحدي وقال طلقتهما معا وقد افترقا
من المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق باقراره وكذا ان قالت فلم تطلقني ولا هي
في ذلك المجلس وفي مسئلة خلع اثنتين بسوال واحد **تنبيه** وهو انه اذا خالع امراتيه على الف كانت منقسمة
على قدر ما تزوجها عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على الف او بالف فطلق احداهما
لزم المطلقة حصتها من الالف على قدر ما تزوجها عليه فان طلق الاخرى في ذلك المجلس
ايضا لزمها ايضا حصتها لان الالف تنقسم عليهما بالسوية ولو طلقها بعد ما افترقا فلا شئ له فاذا ادعت المراة
الخلع وانكره الزوج فاقامت بينة فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة او اختلفا في جنس الجعل فالشهادة
باطلة وان كان الزوج هو المدعي للخلع والمراة منكرة فشهد احد شاهديه بالف والاخر بالف وخمسمائة والزوج يدعي
الفا وخمسمائة جازت شهادتهما على الف وان ادعى الفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق باقراره وكذا لا تجوز شهادتهما

قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف رح معه في الخلع ومع ابي حنيفة رح في المبارأة لمحمد رح ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير

اذا اختلف في جنس البدل ايضا الكل من مختصر الحاكم ابي الفضل بكلام محمد رح ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول عندنا وعن الشافعي يتحالفان **قوله** والمبارأة كالخلع بفتح الهمزة مفاعلة من البرأة وترك الهمزة خطأ في المغرب وهو ان يقول بارأتك على الف فتقبل رح قوله يسقطان كل حق الى آخره مقيد بالمهر والنفقة الماضية اذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منهما وان كانا من حقوق النكاح بل للمختلعة النفقة والسكنى الا ان اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لانها حق الشرع واطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيئا في الخلع اولا وليس كذلك فجملة انهما اما ان لا يسميا شيئا بان يقول خالعتك فقبلت ولم يذكرا شيئا او سميا المهر او بعضه او مالا آخر فان لم يسميا شيئا ففيه ثلث روايات احدها لا يبرأ الزوج عن المهر حتى تاخذه ان لم يكن مقبوضا والاخرى يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواء والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب براحدهما الآخر وهو الصحيح على قول ابي حنيفة سواء كان قبل الدخول او بعده مقبوضا كان او لا حتى لا ترجع عليه بشيء ان لم يكن مقبوضا ولا يرجع الزوج عليها ان كان مقبوضا كله في الخلع قبل الدخول وهذا لان المال مذكور عرفا بالخلع فحيث لم يصرح به لزم ما هو من حقوق النكاح بقرينة ان المراد الانخلاع منه وان سميا المهر فان كان بعد الدخول وليس مقبوضا سقط عنه كله وان كان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط وان كان قبل الدخول فان كان مقبوضا ففي القياس يرجع عليها به وبقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان الفا رجع بالف وخمسمائة وفي الاستحسان بالمقبوض فقط لان المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لانها قبضت ما لا تستحقه فيجب عليها رده كذا ذكره قاضي خان قيل وينبغي ان لا يجب الا النصف بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع كما اذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر لا يجب عليها رد شيء منه وسياتي وكذا اذا سميا بعض المهر فانه يجب عليه المسمى بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع ولكن قد يقال ينبغي ان يجب كل المسمى بالشرط لان المهر اسم لما صحت تسميته في العقد غير انه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول رجع عليها كله بالشرط وان لم يكن مقبوضا ففي القياس يسقط عنه كل ويرجع عليها بخمسمائة لانه يستحق قدره بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشيء لما ان المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فيجب له ذلك ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا وان سميا بعض المهر بان خالعها على عشرة مثلا والمهر الف فان كان بعد الدخول كله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقي لها وان كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع وان كان قبل الدخول وكله مقبوض ففي القياس يرجع عليها بستمائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين لانه

ولابي يوسف رح ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح ولا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رح ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها

عشر مهرها قبل الدخول وبريت المراة عن الباقي بحكم لفظ الخلع وعلى ما بحثناه ينبغي ان يرجع بانه وان لم يكن مقبوضا سقط كله استحسانا عشرة بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع وان سميا مالا آخر غير المهر فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير وان لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع وان كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى سلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شيء منه وان لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع اذا عرفت هذا جئنا الى الخلافية وجه قول محمد رح ان هذه معاوضة واثر المعاوضة ليس الا في وجوب المسمى لا في اسقاط غيره وصار كما اذا وقع بلفظ الطلاق على مال ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وان كانت من آثار النكاح مع ان النفقة اضعف من المهر ولابي يوسف ان المبارأة من البرأة فتقتضي البراءة من الجانبين انه مطلق في كل دين الا انا قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض فان الغرض المبارأة من متعلقاته اما الخلع فانما تقتضي فصلا وانخلاعا وحقيقته تحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر ولابي حنيفة رح ان الخلع صلح وضع شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح فتمام تحقق مقصوده بجعله مسقطا للواجب بسبب تلك الوصلة تلك فيسقط المهر والا عاد على موضوعه بالنقض لان لفظه ولفظ المبارأة يفيد اطلاقهما ذلك في المبارأة كما قال ابو يوسف ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الاخر ومن احدهما يمينه فانه اذا انخلع احدهما عن الآخر على وجه الكمال بان يخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك وثبوته على هذا الوجه بسقوط مطالبة كل منهما الاخر بمواجب النكاح بخلاف لفظ الطلاق فانه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح على ان على رواية الحسن عن ابي حنيفة رح ان الطلاق على مال الخلع يسقط به ما يسقط به يسقط بالخلع وبخلاف دين آخر لان شرع الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لا مطلقا وبخلاف نفقة العدة فانها ليس من مواجب النكاح بل يحدث تعلق وجوبها بعده حتى لو شرطا سقوطها في الخلع سقط باعتبار ما تستحقه وقت الخلع والباقي سقط تبعا في ضمن الخلع اما لو لم يسقطها حتى اختلعت ثم اسقطت لا يسقط لا سقاطها صح قصدا الما لم تجب فانها انما تجب شيا فشيا بخلاف ذلك لا اسقاط الضمني واما السكنى فلما كانت في غير بيت الطلاق معصية لا يصح اسقاطها بحال الا ان ابرأته عن مؤنة السكنى بان كانت ساكنة في بيت نفسها او تعطي الاجرة من مالها فيصح التزامها ذلك وفي القنية الابراء وجد بعد وجود سبب النفقة فيصح وان لم تكن واجبة عنده قيل ما سبق هو الصحيح وما ذكر في القنية يبطله الابراء بعد الخلع فانه لا يصح لكن في الينابيع لو ابرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح قال هكذا ذكره الطحاوي انتهى بخلاف الابراء منهما حال قيام النكاح لان الابراء من النفقة المستقبلة لا يصح هذا ولقائل ان يقول الوجه الاول يقتضي سقوط المهر بالطلاق على مال والثاني يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لانه يفيد انطلاقهما او انطلاقها عن الزوج يوجب مثله في عقده وتحقق حقيقة الطلاق لكل منهما عن الآخر عن الكمال يقطع مطالبة كل الاخر بمواجب النكاح كما قلنا في الخلع بعينه فالذي يظهر

لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم

لمن جهة الدليل ترجح الوجه الاول والتزام رواية الحسن عن ابي حنيفة في الطلاق على مال انه ايضا يسقط المهر كالخلع والا فالمال ما علمت ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اي قال بعتك نفسك بالف فقالت اشتريت اختلف المشايخ في انه على قول ابي حنيفة كالخلع والمباراة او لا وصحح في الفتاوى الصغرى انه كالخلع والمباراة وترجيح قول محمد رح بانه عقد معاوضة فلا تزداد على ما تراضيا عليه واللفظ وان كان يعطي مبني عن الفصل فالفصل وجد على مقدار رضاها فكيف يسقط غيره فعدول عن التحقيق فانه اذا انبأ عن الانفصال في متعلقات النكاح واقتضى لذلك ان يسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضي على اثباته بمال فقد وقع التراضي على اثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة تنبيه لا يسقط المهر بخلع الاجنبي بمال نفسه لانه لا ولاية للاجنبي في اسقاط حقها كذا ذكره شمس الائمة وكذا الامة اذا اختلعت من زوجها بغير اذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر بخلاف ما اذا كان باذنه فيسقط وتباع في بدل الخلع وفيما اذا كان بغير اذنه لا تطالب به الا بعد العتق وام الولد والمدبرة في الاذن يؤديان من كسبهما فرع اذا شرطا بدلا للخلع البراءة من نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع ان وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم والا لا يصح وفي المنتقى ان كان الولد رضيعا صح وان لم تبين المدة وترجع حولين انتهى بخلاف الفطيم وفي الخلاصة امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى ان تمسك ولدها منه ثلث سنين او عشرا بنفقتها صح الخلع ويجب ذلك وان كانت النفقة مجهولا يعني قدر النفقة وهذا لما علمت ان الجهالة غير المتفاحشة محتملة في الخلع فان تركته على زوجها وهربت فللزوج ان يأخذ قيمة النفقة منها ولها ان تطالبه بكسوة الصبي الا ان اختلعت على كسوته ونفقته فليس لها وان كانت الكسوة مجهولة وسواء كان الولد رضيعا او فطيما ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها ببدل الخلع على ارضاع الرضيع جاز ولو استأجرها به على امساك الفطيم بنفقته وكسوته لا يجوز وفي المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد رح في امرأة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر وبرضاع ولده الذي هي حامل به اذا ولدته الى سنتين جاز فان ماتت او لم يكن في بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة وكذا اذا ماتت هي عليها قيمته انتهى ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها باجرة رضاع سنتين ونفقة باقي السنين الا ان قالت عند الخلع ان مات او مت فلا شيء علي فهو على ما شرطت قاله ابو يوسف ولو اختلعت على ان تمسكه الى وقت البلوغ صح في الانثى لا الغلام واذا تزوجت فللزوج ان يأخذ الولد ان يتركه عندها وان اتفقا على ذلك لان هذا حق الولد وينظر الى مثل امساك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها ولو اختلعت على ارضاعه ثم صالحت الزوج على شيء يصح ولو خالعته على نفقة ولده عشر اعوام وهي معسرة فطالبته بنفقتها يجبر عليها وما شرط حق عليها وعليه الاعتماد للعلم بالافتاء بعضهم من سقوط النفقة ولو خالعها بما لها عليه من المهر ثم تذكر ان لم يبق عليه شيء من المهر وقع ووجب عليها رد المهر ومثله لو خالعها على عبدها الذي لها عنده او متاعها ثم ظهر ان ليس في يده شيء وقع على مهرها فان لم يكن قبضته سقط وان قبضته ردته اليه او مثله وقيمته ولو خلعها بمهرها وهو يعلم ان ليس لها عليه مهر وقع في الخلع بائنا وفي الطلاق رجعيا مجانا ولو كان طلقها بمهرها فقبلت والزوج يعلم ان لا مهر لها يقع رجعيا قوله لم يجز عليها

بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط وان خالعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف على الاب لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان

يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الاب لانه لم يضمن بدل الخلع فصار كان الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وان كانت صغيرة فيحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق فلما صرح بان الاصح وقوعه تعين ان المراد الثاني وهذا لانه لا نظر لها فيه اذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم فاعطاء المتقوم من مالها بعوض غير متقوم لا يجوز لانه في معنى التبرع بمالها قوله بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول فلو زوج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لانه اعطى المتقوم من ماله بمتقوم قوله ولهذا يعتبر خلع المريضة متصل لكون البضع غير متقوم حالة الخروج وقدمنا في اول الباب ان الواجب للزوج ان ماتت في العدة الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان خرج من الثلث قوله ونكاح المريض الخ متصل بانه متقوم حال الدخول قوله والاول اصح نص عليه في المنتقى ووجهه ما ذكر من انه تعليق لقبول الاب وقد وجد الشرط وما ذكر من وجه الرواية الاخرى من ان الاب لما لم يضمن المال صار كانه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وان لم يلزمها المال وما قيل ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة فالملازمة ممنوعة وكون الموجود من الاب يمينا غير صحيح بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح من كل احد هذا ان قبل الاب فان قبلت وهي عاقلة تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال وفي جوامع الفقه طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرا وان قبل ابوها او اجنبي روى هشام عن محمد انه يقع وروى الهندواني عن محمد لا يقع ولو بلغت فاجازت جاز قوله على انه اي الاب ضامن المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها فالخلع واقع سواء خلعها الاب على مهرها وضمنه او الالف مثلا فيجب الالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب وانه يملك التصرف في نفسها ومالها بالاقراض والايداع والاجارة والايضاع اولى بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الاجنبي لانه يحصل به للعبد ما لم يكن حاصلا وهو اثبات الاهلية وهو القوة عن ذلك الاسقاط بخلاف اسقاط الملك في الخلع لا يحصل عنه للمرأة ما لم يكن حاصلا قبل فصار الاجنبي والاب سواء في انه لم يحصل له شيء بخلاف العبد فانه حصل ما ذكرنا له والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كثمن المبيع الا ان البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل في ولاية الاب فاذا بلغت تاخذ نصف الصداق ان كان قبل الدخول وكله ان كان بعده من الزوج ويرجع هو على الاب الضامن او ترجع على الاب ولا يرجع هو على الزوج ولو كان المهر عينا اخذته من الزوج كله ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله ويرجع الزوج على الاب الضامن بقيمته قوله وان شرط اي لو شرط الزوج الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تكون مميزة وهي ان تعرف ان النكاح جالب والخلع سالب فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط وهو قبولها ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة والبينونة بالخلع يعتمد القبول دون لزوم المال الا يرى الى بينونة بدون شرفيها اذا سمت

من

(وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها ففيه روايتان وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط والالف عليه استحسانا)

خمرا ونحوه وان قبله الاب بدونها ففي وقوع الطلاق روايتان في رواية يصح لانه نفع محض اذ تتخلص من عهدته بلا مال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة وفي اخرى لا يصح لان قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح قوله وكذا ان خالعها اي خالع الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الاب توقف على قبولها ان كانت على ما قلنا انفا فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ووقع الطلاق بائنا ولا يسقط المهر وان قبله الاب فعلى الروايتين ما لم يضمنه فان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وعرف من هذا ان الصغيرة العاقلة اذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال هذا ثم قيل تاويل المسئلة ان يخالعها على مال مثل مهرها اما على مهرها فلا يجوز لان الاب ليس له ولاية الابطال بل كها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه والاصح ان الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الاب اياه صحيح ثم ينظر ان كان مهرها الفا والخلع قبل الدخول وهي المراد بمسئلة الكتاب لزمه خمسمائة وفي القياس يلزمه الالف واصله ان الكبيرة اذا اختلعت على مهرها وهو الف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خمسمائة لانه وجب له عليها الف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فيبقى عليها خمسمائة له وفي الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شئ لان المهر يراد به عرفا ما تستحقه المراة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه تجب خمسمائة له بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع هذا على خلاف ما ذكره قاضي خان وقد قدمنا الاقسام كلها واذا عرفت هذا علمت ان الصواب ان يقول اذا خلعها على مهرها وهي الف لا كما قال على الف ومهرها الف فانه اذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير انه اتفق انه مثل المهر والاثر لذلك والحكم فيه ان كان قبل الدخول وجوب المسمى له وسقوط المهر عنه ان لم يكن مقبوضا وسلامته لها ان كان مقبوضا لا يرجع عليها بشئ كما قدمناه في التقسيم واذ قد وقع الكلام في خلع الاجنبي فلا بد من ذكر نبذة منه واعلم ان الاجنبي اذا خاطب الزوج فاما ان يضيف البدل الى نفسه على وجه يفيد ضمانه او ملكه اياه او يرسله او يضيفه الى غيره فان اضافه الى نفسه كذلك بان قال اخلعها على عبدي هذا او الفي هذا او على الف او على اني ضامن ففعل فالخلع واقع والمسمى عليه فان استحق لزم قيمته ولا يتوقف على قبولها لانه انما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا الى قبولها بل يكفي ذلك الامر منه لان الواحد يتولى طرفي الخلع كما في النكاح بخلاف ما لو قال اختلعت نفسك مني فقالت فعلت قيل لا يصح بلا قبول الزوج والمختار انه يصح ان اراد به التحقيق دون السوم فان قلت ما الفرق بين تسمية الاجنبي وتسمية الامة المنكوحة لعبد او حر فانه اذا خلعها من الزوج على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الامة حتى تباع فيه لظهور الدين في حق السيد فالجواب ان قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها الا ان السيد التزم خصوص الاول فاذا فات عاد اليها وهو ظاهر في حق السيد فيباع فيه الا ان يفديه بها واذا بيعت ان كان عليها دين بدئ به لان دين الخلع اضعف اما لو خلعها على رقبتها وهي تحت عبد صح فلو ضمن المولى الدرك في جميع ذلك فالمطالبة على المولى لالتزامه ودونها لا قبل العتق ولا بعده ولان القبول انما يشترط لوجوب البدل لا للوقوع

ان ن

ن القنّ على

وفي القياس يلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت

الطلاق وان ارسله بان قال على الف او على هذا العبد توقف على قبول المرأة لان البدل لم يضف الى احد فان قبلت لزمها تسليمه او قيمته ان عجزت وان اضافه الى غيره بان قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لان البدل اضيف اليه وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتي على عبدك لان العبد اضيف اليه ولو كان الزوج قال لها خالعتك على عبد فلان او قالت هي اخلعني على دار فلان توقف على قبولها لان الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة في العقد ولو قالت اخلعني على الف على ان فلانا ضامن فاجاب فالخلع معها لانها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله ولو وكلت من يخلعها بالف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لان حقوق العقد في الخلع ترجع الى من عقد له لا الى الوكيل ولو ضمنه الوكيل لزمه واذا ادى رجع عليها لانه يملك الخلع من مال نفسه ففائدة امرها به الرجوع عليها بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن فادى لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بامره لان فائدة الامر جواز النكاح لانه لا يملك النكاح بغير امره والصلح عن دم العمد كالخلع في جميع ما ذكرنا **فروع** تتعلق بالباب المختلعة يلحقها صريح الطلاق عندنا وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وابي الدرداء وسعيد بن المسيب وشريح وطاوس والزهري والنخعي والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري وعند مالك والشافعي واحمد لا يلحقها ولا يقع ولنا الطلاق في قوله نسائي طوالق عندهم ولو قال لها الكنايات التي يقع بها الرجعي مثل اعتدي استبرئي رحمك انت واحدة ينوي الطلاق يقع عليها طلقة بائنة عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لهم ما روي انه عليه الصلوة والسلام قال المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وان كانت في العدة ويروى عن ابن عباس رضـ ولنا ما رواه ابو يوسف رح باسناده في الامالي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وحديثهم لا اصل له ذكره سبط ابن الجوزي في ايثار الانصاف امرأة قالت خلعت نفسي منك بالف ثلث مرات فقال الزوج رضيت او اجزت كان ثلثا بثلاثة آلاف خلع امته على رقبتها وزوجها عبد او مدبر او مكاتب صح لانها تصير ملكا للمولى ولو كان حرا لا يصح لانه لو صح ملكها فيبطل النكاح ومتى بطل بطل الخلع لكنه يقع طلاق بائن لانه بطل البدل وبقي لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر امتان دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع في التي خلع على رقبتها وهي الصغرى لانه امكن تصحيح الخلع في الكبرى لان الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها الا في الصغرى لان الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج لبعض رقبتها فينقسم الصغرى على مهريهما لانه خلعهما بدلا عن طلاقهما فما اصاب مهر الكبرى فهو للزوج وما اصاب الصغرى بقي للمولى ولو خلع كل منهما على رقبة الاخرى طلقتا مجانا لان ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع في حق الطلاق ولا يسلم للزوج شيء من البدل امرأة لها ابنا عم وهما وارثاها تزوجت احدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها في مرض موتها ولا مال

قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان

لها غيره وبانت في العدة فالمعتبر منهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البدل في حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتبين ويرثان بالقرابة فلو كان طلقها على مهرها وبانت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية والباقي بينهما نصفين **قاعدة في الطلاق** على مال الاصل انه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا بهما اذ ليس احدهما بصرف البدل اليه اولى من الآخر الا اذا وصف الاول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على ان المال بمقابلة الثاني وان شرط وجوب المال على المرأة حصلت البينونة لانها انما تلزمه لتملك نفسها فلو قال لها انت طالق الساعة واحدة وغدا اخرى بالف او قال على انك طالق غدا اخرى بالف او قال اليوم واحدة وغدا اخرى رجعية بالف فقبلت تقع واحدة بخمسمائة في الحال وغدا اخرى بغير شئ الا ان يعود ملكه قبله لانه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة الى الغد وذكر عقبهما مالا فانصرف اليهما الا يرى انه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف اليهما فيقع اليوم واحدة بخمسمائة فاذا جاء غد يقع اخرى لوجود الوقت المضاف اليه ولا يجب شئ لان شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالاولى حتى لو نكحها قبل مجئ الغد ثم جاء الغد تقع اخرى بخمسمائة لوجود شرط وجوب المال ولو قال انت طالق الساعة واحدة رجعية او بائنة او بغير شئ على انك طالق غدا اخرى بالف تقع في الحال واحدة مجانا وغدا اخرى بالف لتعذر التصرف اليهما لانه وصف الاولى بما ينافي وجوب المال الا ان في قوله بائنة يشترط التزوج لوجوب المال بالثاني ولو قال انت طالق ثلثا للسنة بالف فقبلت يقع في الطهر الاول واحدة بثلث الالف وفي الطهر الثاني اخرى مجانا لانها بانت بالاولى ولا يجب بالثانية المال الا اذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع اخرى بثلث الالف وفي الطهر الثالث كذلك والله سبحانه وتعالى اعلم **فرع** لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الائمة انه برئ كل عن صاحبه قال خواهرزاده هذا احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو الصحيح فانه لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع وفي رواية عن ابي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ احدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومؤنة السكنى في قولهم جميعا الا اذا شرطا في الخلع نقله في الخلاصة وكذا ذكره السغدي اعني ردها المهر وذكر في الوجيز فيما اذا قال اختلعي ولم يذكر البدل فقالت اختلعت عن خواهرزاده انه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كانه قال طلقي نفسك طلاقا بائنا فقالت طلقت ثم استشكله على ما حكي عنه من ردها ما ساق اليها من الصداق اذا كان مقبوضا اذ لم يجعل كانه قال طلقتك بائنا لكن هذا مذكور في غير موضع ذكره في التجنيس اذا قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق وفرق بينه وبين ما اذا قال اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بان اختلعي امر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بامر الزوج بخلاف اشتري نفسك لانه امر بالخلع الذي هو معاوضة اذا لم يكن البدل مقدرا الشان قدره بان قال بمهر كذا

لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزمها

ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار يريد بالرواية الاخرى ما ذكر في غير موضع انه اذا قال اشتري نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقل الزوج بعت وكذا الروايتان فيما اذا قال اختلعي مني بكذا وذكر بالا مقدرا فقالت اختلعت في رواية كتاب الطلاق لا يصح ما لم يقل الزوج خلعت وفي رواية كتاب الوكالة يصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الاصح وهذا الجواب عن الاشكال فيحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما اذا لم ينو به كونه خلعا بغير مال وحمل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما اذا نوى به كونه بلا مال وهذا لان مطلق الخلع ينصرف الى الفرقة بعوض فيحمل عليه الا بموجب فاذا لم يسميا مالا انصرف الى المهر الا ان ينوي خلافه يدل على هذا ما في المنتقى قال ابو يوسف اذا قال لها اخلعي نفسك فقالت قد خلعت نفسي لا يكون خلعا الا على مال الا ان ينوي بغير المال ولا فرق بين خلعتك وخالعتك فاذا قال خالعتك ينوي به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم الا اذا تصادقا على عدم النية وما يوجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنفي المال كما اذا قال اختلعي مني بغير شيء فاختلع وقع بلا مال لانه صرح بنفي المال نقله عن محمد الفضلي والطلاق بائن وعلى ما ذكرنا من ان حقيقته ما فيه المال لو قال لاجنبي اخلع امرأتي لم يملك خلعها بلا عوض ولم يجعل كقوله طلقها بائنا ولو قال اختلعي على مال او بما شئت ولم يقدره فقالت اختلعت على الف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك او نحوه فرق بين هذا وبين ما اذا قال الزوج اخلعي نفسك مني بالف والباقي بحاله بحيث يتم والفرق ان التفويض في المسئلة الاولى لم يصح لان البدل مجهول فلو صح صار الواحد مستزيدا مستنقصا وهذا مفقود في الثانية فلو لم يصح لمضادة الحقوق وحقوق الخلع لا ترجع الى الوكيل اذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم معناه او لقنها ابراتك من نفقة العدة قيل يصح والاصح لا يصح لان التفويض كالتوكيل لا يتم الا بعلم الوكيل والابراء عن نفقة العدة والمهر وان كان اسقاطا لكنه اسقاط يحتمل الفسخ فصار شبه البيع والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم وهذه صورة كثيرا ما يقع قال ابرئني من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت ابراتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال في فوره طلقتك وهي مدخول بها يقع بائنا لانه بعوض واذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة ما دامت في العدة لانها لم يكن لها حق حال الخلع فقد ظهر ان تسميته كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف الى القائم لها اذ ذاك وبعض الشافعية لا يصح هذه للجهالة وهذا عندنا عموم لا اجمال ولو تزوجها على الف ثم طلقها بائنا ثم تزوجها ثانيا على الف اخرى ثم اختلعت منه على مهرها لا يبرأ الزوج الا عن الثاني دون المهر الاول ولو جاء رجل الى آخر فذكر انه وكل امرأته في خلعها فخلعها على الف فانكرت التوكيل فان كان ضمن المال الزوج وقع الطلاق وعليه البدل وان لم يكن ضمن فان صدقها الزوج على انها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال وان لم يدع ذلك لا يقع الطلاق لانه ظهر ان الخلع موقوف على قبولها فان كان الزوج باع منه تطليقة بالف قال الصفار يقع الطلاق ضمن له المهر او لا لان لفظة الشراء لفظة الضمان وقال ابو بكر الاسكاف هذا والخلع سواء وعليه الفتوى ولو ادعى الرسالة من امرأة الرجل اليه في ان يطلقها او يمسكها فقال الزوج لا امسكها بل طلقها فقال الرسول ابراتك من جميع ما لها عليك فطلقها فانكرت المرأة المهر والابراء والرسول يدعيه فان ادعى الزوج رسالتها ووكالتها اياه كذلك وقع وهي على حقها وان لم يدع فان كان الرسول

باب الظهار

قال ابرأتك من حقها عليك على ان تطلقها فالطلاق غير واقع لان وقوع الطلاق بالمهر موقوف على اجازتها وان لم يقل على ان تطلقها فالطلاق واقع وهي على حقها وهذه في امر الحكمين لما كان بسبب الخلع الشقاق وجب ذكر امر الحكمين فيه وهو منصوص عليه في كتاب الله تعالى قال الله عز وجل وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ضمير يريدا للحكمين وضمير بينهما للزوجين وقيل للحكمين ايضا وقيل الضميران للزوجين والاولى ان يكون الحكمان من اهلهما كما ذكره الله سبحانه وتعالى وانما كان اولى لانهما اخبر بباطن امرهما واشفق عليهما وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يشترط كونهما من اهلهما الا ان لا يوجد من اهلهما من يصلح لذلك وقلنا المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك ثم قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا وبه قال الشافعي في الاصح واحمد وهو قول عطاء وقتادة والحسن وابي ثور وقال مالك قولهما في ذلك نافذ من غير توكيل وهو قول الاوزاعي واسحاق وروي عن عثمان وعلي قلنا ليس للحاكم ان يطلق ولا يبرأ من مالها فكيف يفعل ذلك نائبه وفي احكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يعظها الزوج فان انتهت والا هجرها فان انتهت والا ضربها فان انتهت والا رفع امرها الى السلطان فيبعث حكما من اهله وحكما من اهلها وايهما كان الظالم رده الى السلطان فاخذ فوق يده كالعنين والمجبوب والحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما ولو ادعى النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقوقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق وليس لهما ان يجمعا ولا ان يفرقا بغير امرهما وزعم اسمعيل المالكي من ان ابا حنيفة واصحابه لم يعرفوا امر الحكمين اخبار بالنفي لعدم العلم والاولى بالانسان حفظ اللسان وما قال الوكيل لا يسمى حكما ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمية بقبول قولهما عليهما والحكمان يمضيان امر الزوجين فاذا قصدا الحق وفقهما الله تعالى للصواب وهما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما وكلما ورد عن السلف ان فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما اذ لم ينقلوا على انه جائز بغير رضى الزوجين جميعا لانه غير جائز لهما ان يطلقا امرأة الغير بغير امره ولا ان يدفعا ماله الا بغير اذن صاحبه بخلاف قضاء دينه اذا امتنع منه لان ذلك ايصال الحق الى المستحق ولا حق للزوج في مالها قال تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقال عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه والحكمان انما بعثا للصلح وليعلما ظلم الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه فاذا لم يقبل اعلما الحاكم ليدفع ظلمه فالحكمان شاهدان في حال ومصلحان في حال اذا نهضا اليها وقول من قال يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير مقبول عندنا وليس ما روي عن علي رضي الله عنه شاهد في ذلك

باب الظهار مناسبته بالخلع ان كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا وقدم الخلع لانه اكمل في باب التحريم اذ هو تحريم يقطع النكاح وهذا مع بقائه والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح ان يراد به معان مختلفة ترجع الى الظهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الاغراض فيقال ظاهرته اذا قابلت ظهرك بظهره حقيقة واذا غايظته ايضا وان لم تدابره حقيقة باعتبار ان المغايظة تقتضي هذه المقابلة وظاهرته اذا نصرته باعتبار انه يقال قوى ظهره اذا نصره وظاهر من امرأته وتظاهر واظاهر وتظهر اذا قال لها انت علي كظهر امي وظاهر بين ثوبين اذا لبس احدهما فوق الآخر على اعتبار جعل ما يلي به كل منهما الآخر ظهر الثوب وغاية ما يلزم كون لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب مجازا وكونه مجازا لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا ايضا وانما عدي بمن مع انه يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لانه كان طلاقا وهو مبعد ثم قيل الظهر هنا مجاز عن البطن لانه انما يركب البطن كظهر امي اي كبطنها بعلاقة المجاورة ولانه عموده لكن لا يظهر ما هو الصارف عن الحقيقة من النكتة وقيل خص الظهر لان اتيان المرأة من ظهرها

واذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح

كان حراما فاتيان امه من ظهرها احرم فكثر التغليظ وفي الشرع هو تشبيه الزوجة او جزء منها شائع او معبر به عن الكل بما لا يحل النظر اليه من المحرمة على التابيد ولو برضاع او صهرية وزاد في النهاية قيدا اتفاقيا احترازا عما لو قال انت علي كظهر فلانة لامرأة من زنى بها ام لم يكن مظاهرا او سنذكر ما هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر او غيره مما لا يحل النظر اليه وانما خص باسم الظهار تغليبا للظهر لانه كان الاصل في استعمالهم وشرطه في المرأة كونها زوجة وفي الرجل كونه من اهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمي كالصبي والمجنون وركنه اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه وحكمه حرمة الوطي ودواعيه الى وجود الكفارة به واختلف في سبب وجوبها فقال في المنافع تجب بالظهار والعود لان الظهار كبيرة فلا يصلح سببا للكفارة لانها عبادة او المغلب فيها معنى العبادة ولا يكون المحظور سببا للعبادة فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو امساك بمعروف فيكون دائرا بين الحظر والاباحة فيصلح سببا للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة وقيل وسبب وجوبها العود وقيل شرطه ولفظ الآية تحتملها قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الخ يمكن كون ترتيبها عليهما او على الاخير لكن ذا الكل المناسبة ميل اليها لانها الاصل بالنسبة الى التركيب فلذا قال في المحيط سبب وجوبها العزم على الوطي والظهار شرط وهو بناء على ان المراد من لفظ العود في الآية العزم على الوطي واعترض بان الحكم يتكرر بتكرر سببه لا الشرط والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وكثير من مشايخنا على انه العزم على اباحة الوطي بناء على ارادة المضاف في الآية اي يعودون لضد ما قالوا او لتدارك ما قالوا تنزيلا للمقول منزلة القول ويرد عليه ما يرد على ما قبله وهذا بناء على عدم صحة ارادة ظاهرها وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود الظاهري الذين يرونها ونفي ان ظاهرها عدم تعلقها بتكرره ويرد ان بمجرد العزم لا تتقرر الكفارة عندنا كما نص عليه في المبسوط حتى لو ابانها او ماتت بعد العزم لا كفارة قال فهذا دليل على انها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود اذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم فاذا اراد رفعه وجب عليه في رفعه الكفارة عندنا كما تقول لمن اراد الصلوة النافلة يجب عليك ان صليتها ان تقدم الوضوء وعند الشافعي رح هو سكوته بعد ظهاره قدر ما يمكنه طلاقها ورد بان شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجناية والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الامساك عن طلاقها جناية وايضا فكيف يكون الامساك عن طلاقها جناية اذ قد يكون ليتفكر في امر الكفارة وتحصيلها او للتردد في طلاقها او التكفير فلا يكون مجرد بعد الظهار جناية فلا ينتهض سببا للكفارة واعلم ان هذه الحرمة لا ترتفع الا بالكفارة ولا تمكث ولا ازوج ثان حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثا فعادت اليه بعد زوج آخر او كانت امة فملكها بعدما ظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر فيها وللمرأة ان تطالبه بالوطي وعليها ان تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر وعلى القاضي ان يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها بحبس فان ابى ضربه ولا يضرب في الدين فلو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب والفاظه صريح وكناية وسياتي وسبب نزول شرعيته قصة خولة او خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي اوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم اشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه فيقول اتقي الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى الفرض فقال يعتق رقبة فقلت لا يجد فقال يصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ما عنده شيء يتصدق به قال فاني ساعينه بعرق من تمر قلت يا رسول الله واني ساعينه بعرق آخر قال قد احسنت قال فاذهبي واطعمي بها عنه ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك قال والعرق ستون

وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطئ اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر

فما شاء رواه ابو داؤد وقيل هو مكيل يسع ثلاثين صاعا قال ابو داؤد وهذا اصح وفي الحديث الفاظ آخر ورواه ابن ماجة وغيره **قوله** اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه وعن محمد للمظاهر ان يقبلها اذا قدم من سفر للشفقة وكذا اذا قال انت مني كظهر امي او انت عندي او معي وكذا اذا قال انا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ومتى الحق ولفظ المشيئة لا يثبت ولو قال انت علي كظهر امي ان شاء الله تعالى لم يلزمه شيء ولو قال ان شاء فلان فالمشيئة اليه **قوله** وهذا اي ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة لانه اي الظهار جناية كبيرة محضة لكونه منكرا من القول وزورا بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة **قوله** ثم الوطئ اذا حرم حرم بدواعيه تقييد هذه العبارة ان هذا هو الاصل او طريق المحرم محرم على هذا استمر في الاستبراء والاحرام والاعتكاف وقد ثبت من الشرع خلافه في الصوم والحيض فكان صلى الله عليه وسلم يقبل احدى نسائه وهو صائم وفي حديث عائشة رضي الله عنها كان يامرني بان اتزر فيباشرني وانا حائض فوجب البحث عن حكمة الفرق شرعا بين هذه الامور لينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضي الفرق تحريم الدواعي فيه كما قلنا نحن ومالك وهو قول الزهري والاوزاعي والنخعي وقول الشافعي في رواية عن احمد لان حرمة الوطئ نصا بقوله تعالى من قبل ان يتماسا وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره او تحليلها كما قال الشافعي واحمد في قولهما الآخر فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعي في الصوم والحيض الكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فمن كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعي وعن كثرة وقوع الضدين الظاهر في كثرة وجود الجماع ينتفي لزوم شرع الزواجر المبالغ فيه فلا يحرم الدواعي بخلاف الظهار الاستبراء والاحرام لا تكثر بالنسبة الى كل شخص فتحقق ما استمر على الاصل وتقدم له في الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم في حرمة الدواعي فيه لا في الصوم بان الجماع محظور الاعتكاف والاحرام بخلاف الصوم لان الكف عنه ركنه فلا يتعدى الى دواعيه وقرره بما حاصله ان الفرق للفرق بين التحريم الثابت في ضمن الامر والتحريم الثابت بالنهي لما كان الثاني اقوى لسبب ان النهي تناوله مقصودا فيتعدى الى الدواعي بخلاف الثابت في ضمن الامر فانه لم يتعلق به نهي اصلا بل طلب شيء يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتاديته الى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يتعد الى دواعيه فافترق الحال بين الاستبراء والاحرام والاعتكاف وبين الحيض والصوم لثبوت حرمة الجماع فيهما بالنهي قال تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد ولا رفث ولا فسوق نفي مستعار للنهي لتاكيده وقال صلى الله عليه وسلم الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وقال تعالى في الاخيرين فاعتزلوا النساء في المحيض ثم اتموا الصيام ولما كان هذا يقتضي عدم حرمة الدواعي لان المذكور في الآية الامر بالكفارة قبل التماس وهو قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فانه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المامور به وهو الكفارة قبل التماس مع انه يقتضي حرمة الدواعي في الحيض لان اعتزلوا هو نفس معنى النهي حتى انهم لم يمتثلوا للنهي عن البيع وقت النداء الا بقوله تعالى وذروا البيع ولم يسموه الا منهيا عنه وهو صحيح لان النهي لنفس طلب الترك عدل الى ما ذكره والتحقيق ان الدواعي منصوص على منعها في الظهار والمذكور في وجه الفرق انما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكرنا ووجه كونها منصوصا على منعها فان قوله تعالى من قبل ان يتماسا لا موجب فيه للحمل على المجاز لامكان الحقيقة ويحرم الجماع لانه من افراد التماس فكل من القبلة واللمس والجماع افراد التماس فيحرم الكل بالنص

لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لبينه صلى الله عليه وسلم
قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي
او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا ان شبهها بمن لا يحل
النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك اذا قال راسك

ظهر فساد قول المخالف والله سبحانه وتعالى اعلم **قوله** لقوله عليه السلام روى اصحاب السنن الاربعة عن ابن عباس ان رجلا ظاهر من امراته فوقع
عليها قبل ان يكفر فقال عليه السلام ما حملك على هذا قال رايت خلخالها في ضوء القمر وفي لفظ بياض ساقها قال فاعتزلها حتى تكفر وفي لفظ ابن ماجة
فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وامره ان لا يقربها حتى يكفر قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب ونفى كون هذا الحديث صحيحا رده المنذري
في مختصره بانه صححه الترمذي ورجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض وروى الترمذي عن ابن اسحق الى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضي عن النبي
صلى الله عليه وسلم في المظاهر يواقع قبل ان يكفر قال كفارة واحدة وقال حديث حسن غريب واما ذكر الاستغفار في الحديث فالله اعلم به ونحوه
من الموطا من قول مالك ولفظه قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل ان يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ثم قال وذلك احسن ما سمعت
قوله لو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه لانه مقام البيان وتاخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم ان المذكور تمام حكم الحادثة فلا تجب
كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصري والنخعي **قوله** وهذا اللفظ
اي قوله انت علي كظهر امي لا يكون الا ظهارا وان نوى به الطلاق او الايلاء او قال لم انو شيئا لانه صريح فيه وانما اليه اتباع المشروع لا تغييره
وهذا يعم ما قلنا وما في الكتاب يخص قصد الطلاق ولو قال اردت به الخبر عن الماضي كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى
كذا في التحفة ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لا يستلزم نفي صحة ارادته به احتاج الى الجواب وهو كلفظة انت طالق جعل شرعا
لوقوع الطلاق على المخاطبة ويصح ان يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة **قوله** ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة اللام فيهما
للعهد اي المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التابيد لانهما المعهودتان فيما سبق من ذكرها **قوله** وهذا المعنى يعني تشبيه المحلل بالمحرمة يتحقق
في التشبيه بعضو لا يحل النظر اليه على التابيد لما كان الظهار كلاما تشبيهيا مشتملا على المشبه والمشبه بها وجب اعتبارهما بطرفيهما فنعني
المشبهة ان تذكر كلها او جزء شائع منها او جزء معين يعبر به عن جملتها كالراس والرقبة والفرج والوجه وتقدم بيان التعبير بهذه
عن الكل في الطلاق والنصف والثلث في الاول وفي المشبه بها ان تذكر هي او عضو منها لا يحل النظر اليه على التابيد الا ان مع ذلك
ينوي كما سياتي اذا عرفت هذا فعبارته اعني قوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها الى قوله مثل اخته وعمته وامه من الرضاع ليست جيدة
لان ظاهرها حرمة النظر الى هؤلاء من الرضاعة وانما المعنى اذا شبهها بجزء لا يحل النظر اليه فلو قال انت علي او راسك او وجهك او رقبتك
او فرجك او نصفك او سدسك كظهر امي او خالتي او امراة ابني او كفرجها او بطنها او فخذها او اليتها كان مظاهرا ولو قال يدك او رجلك
او شعرك او ظفرك او سنك او بطنك او فخذك او ظهرك كظهر امي او فرجها الى آخر ما ذكرنا لم يكن ظهارا لان هذه الاشياء مما يجوز
النظر اليها ومسها بغير شهوة ولو قال انت علي او راسك الى آخره قلنا كيد امي او رجلها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من جهة المشبه بها وكذا
لو قال يدك او رجلك الخ علي كيدها او رجلها الخ لا يكون ظهارا لانتفاء من الجهتين واذا احطت بملاحظة الاصلين اخرجت فروعا كثيرة من
تفريع ما جمعناه مثل فرجك كفرج امي وفرجك كفخذ امي يكون ظهارا وبطنك كفرجها لا يكون ظهارا ووجه الاعتبار في المشبه بكون العضو مما
يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما احال عليه في الطلاق لانها هي المحرمة كالمطلقة هناك وتقدم بيانه هناك وفي المشبه بها بكون النظر مما لا يحل
النظر اليه من المحرمة ما ذكره بقوله لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة الخ وقد تممناه في اول هذا البحث **قوله** لانهن لهي اخته وعمته وامه

على كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق

من الرضاع في التحريم المؤبد كالام بخلاف قوله انت على كظهر عمتك او اختك لان حرمتهن ليست على التابيد بل هو مؤقتة بانقطاع عصمته لها ثم المراد تابد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله لا باعتبار وصف يمكن زواله فان المجوسية محرمة على التابيد ولو قال كظهر مجوسية لا يكون ظهارا ذكره في الجوامع لان التابيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية وغيرها لا يقال يرد على اشتراط تابد الحرمة ما لو ظاهر من امراته ثم قال لاخرى انت على مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها او بعد التكفير مع ان المظاهر منها ليست محرمة على التابيد لان ثبوت الظهار في هذه انما هو باعتبار تضمن قوله لها انت على كظهر امي لان تشبيهها بمن قال لها ذلك انما هو في ذلك فالظاهر الظهار فيها باعتبار خصوص وجه شبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها وكذا لو كانت امراة رجل اخر ظاهر زوجها منها فقال انت على مثل فلانة ومثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها وفي التحفة لو شبهها بامراة محرمة عليه في الحال وهي ممن تحل في حالة اخرى مثل اخت امراته ومثل امراة لها زوج او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهرا لان النص ورد في الام وهي محرمة على التابيد وقد علمت ان هذه كنايات فلا تكون ظهارا ولا ايلاء الا بالنية وبعد اشتراط تابيد الحرمة هل يشترط الاجماع عليها شرطه في النهاية ليخرج ام المزني بها وبنتها لانه لو شبهها بها لم يكن مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوي لكن الخلاف منقول في هذه فمنهم من قال عند ابي يوسف رح يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد ينفذ خلافا لابي يوسف فمنهم من قال عند ابي حنيفة وابي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه فظهر مما نقلنا ان مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعا عليها او لا بل لكونها يسوغ فيها الاجتهاد او لا وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الاجماع او النص الغير المحتمل للتاويل من غير معارضة بنص آخر في نظر المجتهد وان كانت المعارضة ثابتة في الواقع ولهذا يختلف في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطي وعدمه حيث قال لو قبل امراة او لمسها بشهوة ثم شبه امراته بنتها لا يكون مظاهرا عند ابي حنيفة والا يشبه هذا الوطي لان حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها وفي الدراية في كظهر اختي من لبن الفحل لا يصير مظاهرا من غير ذكر خلاف مع انها محرمة على التابيد كانهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها في ان مع حرمتها عموم نص يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قوله عم ليلج عليك فحل افلح فانه عمك من الرضاعة لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع والثاني انما يفيد ثبوت اختية بنت الفحل من غير التي ارضعت بالالتزام ومثله ما رايت لو شبهها بامراة الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف مع ان ابا يوسف يرى تابد حرمتها لتسويغ الاجتهاد اما ان اراد من ارضعها نفس الفحل بان نزل له لبن فلا اشكال لكنه بعيد من عادتهم في اطلاقه فانه لا اختية هناك اصلا ومما يشكل ما ذكره في الدراية ايضا نقلا عن شرح القدوري زنى ابوه بامراة او ابنه فشبهها بامها او ابنتها يصير مظاهرا عند ابي يوسف لا ينفذ عنده حكم الحاكم بحل نكاحها وعند محمد رح لا يصير مظاهرا لو ينفذ حكم الحاكم وهذا مشكل لان غاية ان مزنية الاب او الابن ان يكون كام زوجة الاب وبنت الابن ولا تحرم ام زوجة الاب على الابن ولا ام زوجة الابن على الاب فليس التشبيه بها محرمة ولو شبهها بظهر ابيه او قريبه او بظهر اجنبي لم يكن مظاهرا ولو شبهها بفرج ابيه او قريبه قال في المحيط ينبغي ان يكون مظاهرا اذ فرجهما في الحرمة كفرج امه وفي كافي الحاكم المراة لا تكون مظاهرة من زوجها من غير ذكر خلاف وفي الدراية لو قالت هي انت على كظهر امي وانا عليك كظهر امك لا يصح الظهار عندنا وفي المبسوط عن ابي يوسف رح عليها كفارة

ولو قال أنت علي مثل أمي أو كأمي يرجع إلى نيته لينكشف حكمه فإن قال أردت الكرامة فهو كما قال لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وإن قال أردت الظهار فهو ظهار لأنه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر إلى النية وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن لأنه تشبيه بها في الحرمة فكأنه قال أنت علي حرام ونوى الطلاق وإن لم يكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رح يكون ظهارا لأن التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى وإن عنى به التحريم لا غير فعند أبي يوسف رح هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين وعند محمد رح ظهار لأن كاف التشبيه تختص به ولو قال أنت علي حرام كأمي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على ما نوى لأنه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وإن لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف رح إيلاء وعلى قول محمد رح ظهار

يمين وقال الحسن بن زياد هو ظهار وقال محمد ليس بشيء وهو الصحيح وفي شرح المختار حكى خلاف أبي يوسف والحسن على العكس وكذا في غيره وفي الينابيع والروضة كالأول ثم قال هو يمين عند أبي يوسف ظهار عند الحسن ولو ظاهر من امرأته ثم أشرك أخرى كان مظاهرا منهما **قوله** ولو قال أنت علي مثل أمي هاهنا ألفاظ أنت أمي مثل أمي كأمي حرام كظهر أمي ففي أنت أمي لا يكون مظاهرا وينبغي أن يكون مكروها فقد صرحوا بأن قوله لزوجته يا أخية مكروه وفيه حديث رواه أبو داود عن أبي تميمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامرأته يا أخية فكره ذلك ونهى عنه ونحن نعقل أن معنى النهي هو أنه قريب من لفظ التشبيه المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار ولولا هذا الحديث لأمكن أن يقال هو ظهار لأن التشبيه في أنت أمي أقوى منه مع ذكر الأداة ولفظ أخية في يا أخية استعارة بلا شك وهي مبنية على التشبيه لكن الحديث المذكور أفاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهي عنه فعلم أنه لا بد في كونه ظهارا من التصريح بأداة التشبيه شرعا ومثله أن يقول يا ابنتي أو يا أختي ونحوه وفي مثل أمي أو كأمي ينوي فإن نوى الطلاق وقع بائنا كقوله أنت علي حرام وإن نوى الكرامة أو الظهار فكما نوى وإنما أفاد أنه كناية في الظهار لما علم أن صريحه يكون التشبيه بعضو وإن لم تكن له نية فليس بشيء عندهما وهو ظهار عند محمد وجه قوله أن المعنى المتبادر لهذا اللفظ الظهور لوجود التشبيه بالبعض في ضمن الكل غير أنه عدل عنه فيما إذا كان له نية شيء يصح إرادته من اللفظ إلى ذلك المنوي تصحيحا للإرادة وجعل على بمعنى عند في الكرامة وذلك لأن المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ أنت عندي مثل أمي أو كأمي فحين لم يصرفه عن مقتضاه نية عمل بموجبه في نفسه ولهما أن معنى كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بل إذا كان التشبيه به ابتداء فيما إذا كان التشبيه بكلها بقي مجملا في حق جهة التشبيه فما لم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشيء خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية ولا يجوز إلزام المسلم المعصية من غير قصد إليها والإلفاظ صحيح فيها وما أمكن صون تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك في حقه وإن نوى به التحريم لا غير فالمصنف حكى فيه خلافا فأثبته أبو يوسف فلذا أغيره فعند محمد ظهار لأنه بكاف التشبيه أي أداته فإن الكلام في مثل أمي وكأمي جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا أنه حقيقته وقد نوى ما لا ينافيه فإن الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوي في ضمن المعنى الحقيقي في الكلام وعند أبي يوسف إيلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيبقى الثابت به لا يتعدى المنوي وتحريمها مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الإيلاء ولأن الإيلاء أدنى الحرمتين من حيث السبب والحكم أما السبب فنفسه وهو الظهار كبيرة محضة والإيلاء في نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار أمر آخر يقترن به أما الحكم فالكفارة فيه أغلظ من حيث قدر بالإطعام والصيام فيه بستين مسكينا ويوما والأمور الأخر هي أن حرمتها في الإيلاء لا تثبت في الحال فإنه وإن حلف أن لا يقربها فالشرع طلب منه أن يحنث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر ولو طلقها ثلاثا فعادت إليه بعد زوج عادت بلا إيلاء في حق وقوع الطلاق بمضي المدة بل في حق لزوم الكفارة إذا وطئ وكان الإيلاء مؤبدا وفي الظهار تثبت في الحال ثم تتعدى إلى الدواعي ثم لا يحل منها شيء آخر حتى يكفر أولا ولو طلقها ثلاثا والباقي بحاله يعود بالظهار ولا تحل ما لم يكفر وكذا لو ملكها بأن كانت أمة فاشتراها وانفسخ العقد لا تحل ما لم يكفر ومنهم من قال الأصح أنه ظهار عند الكل لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه وفيه نظر لأن هذا إنما ينطبق على قوله أنت علي حرام كأمي وليس الكلام فيه بل في مجرد أنت كأمي وفي أنت علي حرام كأمي فإنما له محتملان الطلاق والظهار لا الإيلاء لتصريحه بالحرمة فأيهما أراد ثبت فإن لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف إيلاء وعلى قول محمد ظهار وهاهنا تتمة المذكور نقلا عن قاضي خان أنه ينبغي أن لا يختلف في كونه ظهار

والوجهان بيناهما وإن قال أنت علي حرام كظهر أمي ونوى به طلاقا أو إيلاء لم يكن إلا ظهارا عند أبي حنيفة رح وقالا هو على ما نوى لأن التحريم يحتمل كل ذلك
على ما بينا غير أن عند محمد رح إذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند أبي يوسف رح يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولأبي حنيفة رح أنه صريح في الظهار
فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم إليه **قال** ولا يكون الظهار إلا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم
ولأن الحل في الأمة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فإن تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار
باطل لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب لأنه من
حقوق الملك ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا لأنه أضاف الظهار إليهن فصار كما إذا أضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لأن الحرمة تثبت
في حق كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فيتعدد بتعددها بخلاف الإيلاء منهن لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

لانه تحريم مؤكد بالتشبيه **قوله** والوجهان بيناهما يعني فيما قبلها يعني قوله من جهة ابي يوسف ليكون الثابت ادنى الحرمتين ومن جهة محمد
ما ذكره في قوله انت علي حرام كظهر امي خلاف فعنده لا يكون الا ظهارا سواء نوى طلاقا او ايلاء او لم ينو شيئا وقالا هو على ما نوى ظهارا او طلاقا او ايلاء
وان لم يكن له نية فظهار لان التحريم يحتمل كل ذلك فاذا نوى الطلاق او الايلاء يكون قوله بعده كظهر امي تاكيدا له لا مغيرا غير ان عند محمد اذا
نوى الطلاق لا يكون ظهارا معه لانه عند محمد يقع بانت حرام لا يمكن اثبات الظهار بعده بكظهر امي وعند ابي يوسف يكونان فقيل لا بلفظ حرام
اذ لا يراد باللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل بلفظ وهذه رواية عنه في صحة الظهار من المبانة وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ
لانه صريح فيه والطلاق باعترافه بنيته كما اذا قال من له امرأة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال عنيت اخرى يقع عليها في الاخرى
باعترافه وفي المعروفة بصريح اللفظ في القضاء فانه لا يصدق فيه في صرف النية عنها لانه خلاف الظاهر وهذا يقتضي ان وقوع الطلاق والظهار
فيما اذا قال عنيت الطلاق عنده انما هو في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع ما نوى وفي شرح الكنز ولو نوى الايلاء ينبغي ان يكون
ايلاء وظهارا بالاتفاق لعدم التنافي **قوله** وقد عرف في موضعه يعني المبسوط ولابي حنيفة انه اي لفظ كظهر امي صريح في الظهار محكم فيه
ولفظ حرام محتمل فيه فيرد اليه اذا قرن معه **قوله** حتى لو ظاهر من امته موطوءة كانت او غير موطوءة لا يصح وهو مذهب الشافعي واحمد وجمع كثير من
الصحابة والتابعين خلافا لمالك والثوري في الامة مطلقا ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهري في الموطوءة لنا ان النص
يتناول نساءها بقوله تعالى من نسائهم والامة وان صح اطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الاطلاق لا يستلزم الحقيقة لان حقيقة اضافة النساء
الى الرجل او رجال انما يتحقق مع الزوجات لانه المتبادر حتى يصح ان يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه وحرمتها في الامة الموطوءة فليس لانها من نسائه
مرادة بالنص بل لانها بنت موطوءة وطؤا حلالا الا عند الجمهور وبلا هذا القيد عندنا على انه لو اريد بالنساء هنا كل ما تصح به الاضافة حتى يشمل المعنى
الحقيقي وهو الزوجات والمجازي اعني الاماء بعموم المجاز لا يمكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الاماء لثبوته في الزوجات اما هنا فلا اتفاق
ولا لزوم عندنا ايضا ليثبت بطريق الدلالة لان الاماء ليس في معنى الزوجات لان الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد والاصل الملك حتى يتتابع عدمه
في الامة المجوسية والمرضعة بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحتمل الحل ولان القياس ان لا يوجب هذا التشبيه الذي هو كذب محض سوى التوبة وورد الشرع
بثبوت التحريم فيه في حق من لها حق في الاستمتاع ولا حق للامة فيه فيبقى في حقها على اصل القياس ولان الظهار كان طلاقا فنقل عنه الى تحريم مغيا
بالكفارة ولا طلاق في الامة وليس هذا الوجه بشيء للمتامل **قوله** لانه صادق في التشبيه وقت التصرف والتشبيه انما انعقد سببا للتحريم المسمى حين كان كذبا
محضا فلا يترتب بقي ان يقال فليتوقف على الاجازة كما يتوقف نكاحها على الاجازة فان اجازت ظهر انه كان التشبيه الممتنع اجاب عنه بقوله والظهار ليس
بحق من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه لان عقد النكاح حلال والظهار حرام فيتنافيان بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف فلا يثبت الظهار بعد الاجازة
بخلاف اعتاق المشتري للعبد من غاصب العبد لان الاعتاق حق من حقوق الملك يعني يثبت بالملك حتى ان يعتق اذا شاء فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه
والظهار لا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهي عنه وان كان لو قال لزمه حكمه فاذا اجاز المالك بيع الغاصب عتق **قوله** ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان
مظاهرا منهن جميعا بلا خلاف لانه اضاف الظهار اليهن فكان كاضافة الطلاق اليهن يطلقن جميعا وانما الخلاف في تعدد الكفارة فعندنا وعند الشافعي
يتعدد بتعددهن اي كل من اراد وطأها وجب عليه تقديم كفارة وبه قال الحسن والزهري والثوري وغيرهم وقال مالك واحمد كفارة واحدة

فصل في الكفارة **قال** وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب **قال** وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا **قال** وتجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك

وروي ذلك عن عمر وعلي وعروة وطاؤس وعطا اعتبروه باليمين بالله تعالى في الايلاء قلنا الكفارة لرفع الحرمة وهي متعددة بتعدد و كفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره بخلاف ما لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين او اكثر في مجلس واحد او مجالس حيث تكرر الكفارة بتعدده الا ان ينوي بما بعد الاول تاكيدا فيصدق قضاء فيهما لا كما قيل في المجلس لا المجالس بخلاف الطلاق لان حكم الظهار بينه وبين الله تعالى وما ورد لما ثبت بالظهار الاول حرمة موقتة فكيف تتكرر الحرمة بتكرار الظهار بينه وبين الله تعالى وما هو الا تحصيل الحاصل حيث بالاول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك حل المحل فيصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع اسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم ليمينه ولصومه وبهذا الايرفع سوال تحصيل الحاصل الا ان يلتزم ان يثبت بكل سبب حرمة كما التزم في اسباب الحدث على ما تقدم في الطهارات **فروع** لا يصح ظهار الذمي وبه قال مالك خلافا للشافعي واحمد كالايلاء وهي رواية البرامكة عن ابي حنيفة والاول رواية الاجل لنا قوله تعالى والذين يظهرون منكم من نسائهم والكافر ليس منا والحاقه بالقياس متعذر لان الظهار جناية حكمها التحريم المرتفع بالكفارة والكافر يمنع من رفع اثر الجناية عنه بالكفارة مع انه ليس من اهلها لانها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريما مؤبدا او نحوه غير حكمه بالنص ولانه لا يقدر عليها على رأيكم اذ لا يقدر على ملك رقبة مؤمنة والغاء قيد الايمان في حقه خلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا اجماع على ذلك ليكون كالنائب في اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وما اجيب به من انها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه انها يفتقر الى النية اتفاقا فلزم كونها عبادة وما دفع به من افتقارها اليها كافتقار الكنايات اليها وليست عبادة مدفوع بانه قياس بلا جامع لان افتقار الكنايات اليها ليتعين احد المحتملات وهو الطلاق عن غيره وافتقار الكفارة ليقع عبادة والا فلا ازدواد الفرق بين الظهار والايلاء على قول ابي حنيفة حيث اجاز ايلاء الكافر خلافا لصاحبيه ان حكم الايلاء امران وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق في حقهم لانهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فينعقد منهم نظرا الى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البر وتعذر التكفير ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلا لم يجز ولو ظاهر يوما او شهرا صح تقييده ولا يبقى بعد مضي المدة ولو علق الظهار بشرط ثم ابانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الابانة المعلقة على ما سلف ويصح بشرط النكاح فاذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت علي كظهر امي فتزوجها لزمه حكم الظهار ولو قال انت علي كظهر امي في رجب ورمضان كفر في رجب اجزأه عنهما

ولو ظاهر فجن ثم افاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائدا بالافاقة خلافا لاحمد في وجهين للشافعية

فصل في الكفارة **قوله** عتق رقبة اي اعتاقها فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة لا تجزيه لان الميراث لا يجزيه عنها **قوله** وكذا في الاطعام يعني يجب كونه قبل المسيس كاخويه والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فعلله والحقه بهما وحاصله ان الكفارة منهية بالتنصيص على ايجابهما قبل التماس وهذه الكفارة مثلها فيجب كونه قبل التماس ولما قدمنا رواية من الحديث الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم للذي واقع قبل التكفير اعتزلها حتى تكفر مطلقا من غير تفصيل فيجب اجراؤه على اطلاقه لا يقال هذا كاستير الآتي انه زيادة على اطلاق النص بالخبر والقياس وهو لا يجوز وذلك لانه قيد التحرير بكونه قبل المسيس فقال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ثم اعاد القيد المذكور مع الصيام فقال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا ثم اطلق الاطعام عنه بقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فلو اريد التقييد في الاطعام لذكره كما ذكر فيهما بل تخصيصه

من كل وجه خلافا للشافعي لانه يخالف الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارنته للمعصية يحال به الى سوء اختياره ولا تجزي العمياء والمقطوعة اليدين او الرجلين لان الفائت جنس المنفعة وهي البصر والبطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجزى وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه

بالاطلاق بعد ما نص عليه على تكرير القيد مع ان التنصيص مع غيره لم يكتف به فتقييده في التحرير والصوم ترتيبه عليه فقد الاطلاق فيه وما قيل ذكره مرتين تنبيه على ارادة تكرره مطلقا اذ هو دفع لتوهم اختصاصه بالخصلة الاولى لو اقتصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالاخيرة لو اقتصر عليه معها وللتطويل لو اعاده معها بعدها فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ثم هو معارض بما قلنا من ان تخصيصه بالاطلاق بعد تكرير القيد مع اخويه ظاهر في ارادة انفراده عنهما بمعنى الاطلاق فلا يتخرج على القواعد الا ان يتحقق فيه اجماع في عصر من الاعصار والثابت فيه الآن قولان للشافعي وروايتان عن احمد لانا نقول الثابت بالنص افتراض الاطعام شرطا لحل المظاهر منها مطلقا وقد جريا على موجب ذلك ونحن لم نقيد اشتراطه للحل بكونه قبل المسيس فيكون زيادة بل اوجبنا ذلك بخبر الواحد والالحاق بالخصلتين في وجوب التقديم لا في اشتراطه في الحل والاصل وان كان الافتراض فالمتعدي الى الفرع منه الوجوب لا يقال ح يختلف الحكم في الاصل والفرع لانا نقول الوصف الذي هو زاد الفرض على الوجوب ليس من الحكم فان الحكم هو الايجاب غير انه ان كان ثبوته قطعيا سمي فرضا وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتامل واما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الاطلاق في ذلك قال ابو حنيفة فيمن قربها التي ظاهر منها في خلال الصوم يستانف ولو قربها في خلال الاطعام لا يستانف لان الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس فاطلق في الاطعام ولا يحمل الاطعام على الصيام لانهما حكمان مختلفان وان اتحدت الحادثة **قوله** من كل وجه متصل بالمرقوقة فلهذا لو عتق ام ولده ومدبره لا يجزيه عنها بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا وعن هذا يصح اعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه **قوله** الكفارة حق الله تعالى المشهور بناء الخلاف على ان المطلق هل يحمل على المقيد فعنده نعم وعندنا لا الا في حكم واحد في حادثة واحدة لانه ح يلزم ذلك لزوما عقليا اذ الشيء لا يكون نفسه مطلوبا ادخاله في الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم في كفارة اليمين ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع في القراءة المشهورة التي تجوز الزيادة بمثلها وللكلام في تحقيق هذا الاصل فن غير هذا ولو تنزلنا الى اصلهم لم يلزم من التضييق في الكفارة الامر الاعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو اخف منه ليكون التقييد فيه بيانا في المطلق وتقريرنا في الكتاب ان الكفارة وهي الاعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله اذ الاعتاق يتعلق به ويتحقق اثره له ونحوه كالزكوة والجواب ان هذا لا يعارض اطلاق النص الا اذا كان مانعا عقليا منه وليس كذلك لجواز ان ياذن الله تعالى في الاحسان والتمليك تصدقا على الكافر في الامور الدنيوية وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكوة قال صلى الله عليه وسلم تصدقوا على اهل الاديان والاتفاق على جواز الصدقة النافلة عليهم مع ان المقصود منها التقرب الى الله تعالى فلولا ان مقصود القربة على الله تعالى يحصل بذلك لم يشرع اصلا ولا يزيد العرض على كونه قربة اليه تعالى الا كونه مامورا به ولا يظهر لوصف المامور به اثر في منافاة كون محله كافرا بعد ما ثبت انه لا ينافي معنى القربة ولولا النص الذي يخص الزكوة قلنا بجواز دفعها لفقراء اهل الذمة وهذا لان التقرب بفعل الفاعل تحصيل لا بخصوص محل فعله وهو انما يعتقه لتمكنه من الطاعات بالاسلام شكر الله تعالى على ما انعم عليه من تخليصه من ربقة الرق لا لغير ذلك ثم اقترانه وهو الكفر لسوء اختيار منه على نفسه فظهر ثبوت معنى التقرب باعتاقه هذا ويدخل في الكافرة المرتد والمرتدة ولا خلاف في اعتاق المرتدة لانها لا تقتل واعتاق العبد الحربي في دار الحرب لا يجزيه من الكفارة واعتاق المستامن يجزيه **قوله** ولا تجزي العمياء الخ الاصل ان يكون المعتق كامل الرق مقرونا بالنية وجنس ما يبتغي من المنافع بلا بدل فظهر ان اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب وهذا لان بفوات جنس المنفعة تصير الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها ولم تعتبروا فوات الزينة على الكمال مع انهم اعتبروه في الديات فالزموا بقطع الاذنين الشاخصتين تمام الدية وجوزوا هنا عتق مقطوعهما اذا كان السمع باقيا ومثله فيمن حلقت لحيته ولم تنبت لفساد المنبت وما علل به

ولا يجزئ مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزئه لان الاختلال غير مانع ولا يجزئ عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجزئه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رحمه الله لانه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا لقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا ينافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا لينفسخ بمقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله

في جميع السنين والخصي والمجبوب من ان الفائت منفعة النسل وهو زائد على ما يطلب من المماليك يعلل به في فوات الزينة على الكمال لان باعتبار ذلك لا يصير المرقوق هالكا من وجه بل الحر فمن هذا افترق الحال بين الاعتاق والدية فيه ويجوز الرتقاء والقرناء والعوراء والعمشاء والعشواء والبرصاء والرمداء والخنثى لا مقطوع اليدين او الرجلين او احدى كل من اليدين او الرجلين من جهة واحدة ويجوز من خلاف اما مقطوع ابهامي اليدين فلما في الكتاب ومثله مقطوع ثلث اصابع غير الابهامين من كل يد لان الاكثر كالكل ويجوز مقطوع اصبعين غير الابهام من كل يد ولا ساقط الاسنان العاجز عن الاكل ولا يجوز المجنون المطبق لان المنافع كلها في حقه فائتة لان الانتفاع به انما هو بالعقل واما الذي يجن ويفيق فيجوز عتقه اطلقه في الهداية والمراد اذا اعتقه في حال افاقته وفي الاصم روايتان وما ذكر في الهداية يوخذ منه التوفيق بين الروايتين فمحل رواية النوادر الاصم الذي ولد اصم وهو الاخرس فانه لا يسمع اصلا ولا يتكلم ومحل ظاهر الرواية الذي اذا صيح عليه يسمع وروى ابراهيم عن محمد اذا اعتق عبدا حلال الدم فقضى بدمه عن ظهاره ثم عفي عنه لم يجز وفي التجنيس من علامة عيون المسائل اذا اعتق عبدا مريضا عن ظهاره ان كان يرجى ويخاف عليه يجوز فان كان لا يرجى لا يجوز لانه ميت معنى هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الابهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة لكن الشارع لم يعتبرهما الا كغيرهما من الاصابع وايضا رتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها وذلك ان فوات قوة البطش لا يلازمه ولا عينه فوات جنس المنفعة بل ضعفها ولا يجوز عتق المدبر وام الولد ويجوز اعتاق المكاتب الذي لم يؤد شيئا الا الذي ادى بعض الكتابة والشافعي منعه والحق المكاتب بالمدبر وام الولد بجامع انه استحق العتق بجهة الكتابة فاشبه المدبر وام الولد فنقص الرق فيه كما نقص فيهما بل هو اولى لعدم الاجزاء منها فانه لو قال كل مملوك لي حر عتق مدبره وام ولده ولا يعتق مكاتبه الا بالنية فدل انه انقص منهما وبهذا يبطل قولكم الكتابة انما اقتضت فك الحجر لا غير كالاذن في التجارة ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها كالمنع من التجارة وهذا كله على وجه الالزام عليه كما في المدبر فان عنده بيع المدبر واعتاقه جائز وهو مذهب احمد بناء على جواز بيعه عنده بخلاف فالنا في ام الولد على وجه الاثبات عن الكفارة لنفسه ونحن نمنع ان استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ عن تقدير تحققها موجب نقصان الرق فان ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا فان حاصل الكتابة تعليق العتق بالاداء ولو علق بسائر الشروط لم يوجب نقصان الرق بهذا اولى لان سائر التعليقات لا تحتمل الانفساخ بخلافه فهذا لولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وام الولد لم يتبين نقصان الرق فيهما لان الحاصل فيهما ايضا تعليق العتق بموت السيد ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوته من وجه لا يحتمل الزوال كثبوته من كل وجه وهذا ما يقال حق العتق كحقيقته وهذا هو الثابت في المدبر وام الولد لثبوت العتق في حقهما بجهة لازمة فظهر ان الكتابة انما اوجبت فك الحجر في المكاسب لا ملكا ولا نقصانا في الرق اذ المكاسب غير الرقبة وبه يعلم ان قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم من كتابته شيء رواه ابو داود المراد به كامل في العبودية والرق وانما لا يستبد المولى بفسخه لانه ببدل فانعقد لازما على ما هو بخلاف الاذن في التجارة لانه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب في كل مملوك لي حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك اعم من محل الرق الا يرى

الا انه يسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في المحل بجهة الكتابة ولان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها وقال الشافعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في كتاب الايمان ان شاء الله فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رح ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رح واما عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص

في كل مملوكه حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك اعم من محل الرق الا يرى ان الملك يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه كالامتعة والحيوان غير الآدمي فصح للعبد رق في رقبته وملك يجازيه فيها ويتعدى الى غيرها من منافعه واكسابه والكتابة اوجبت الفك في حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فنقص بها الملك لا الرق لكن العتق انما يعتمد الرق لانه لو دار مع الملك ثبت في غير الآدمي ايضا وكان ح كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المرجح **قوله** الا انه يسلم له الاكساب الخ جواب عما قدمنا من قال عتقه حيث وقع انما يقع شرعا بجهة الكتابة وان عين السيد جهة التكفير بدليل انه يسلم له الاكساب والاولاد فعلم انه بجهة الكتابة اجاب بوجهين الاول ان العتق في المكاتب واحد والاعتاق من جانب المولى مختلف جهاته فيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفيما يرجع الى المولى جعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشئ وجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند الطلاق وفي حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة وحقيقة الجامع بينهما اذا حصل عين المقصود فلا يبالي باختلاف السبب ففي مسئلة الزوج نفس حقه ليس الا براءة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالي لكونه عن سبب آخر غير الطلاق وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس الا العتق عند الاداء وقد حصل عينه الثاني وانفساخ الكتابة ضروري اذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لانه تصرف عن عاقل مسلم فيما فيه ما لا يحتمل الفسخ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز التحرير للتكفير لا في حق الاكساب لانه لا دلالة على الرضا فيها فيعتق في حقها مكاتبا فتسلم له ولا يلزم من كونه عتق مكاتبا كون عتقه بجهة الكتابة والا لتقرر بدل الكتابة او التسليم المبدل يوجب تقرر البدل **قوله** وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها هذا في الشراء اما لو ورث احدهما فنوى الكفارة فقد قدمناه ولو وهب له او اوصى له صح والحاصل انه اذا دخل في ملكه بصنع منه اذا نوى عند صنعه ان يكون عتقه عن الكفارة اجزأ والا فلا ولو قال ان دخلت الدار فانت حر ونوى كون العتق وقت دخوله عن كفارته لا يجوز ولو نواه وقت اليمين جاز **قوله** وضمن قيمة باقيه يعني اعتق ذلك الباقي ايضا لم يجز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بناء على تجزي الاعتاق وعدمه عندهما لا يتجزى فاعتاق نصفه اعتاق كله غير ان المعتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقا كله عن الكفارة وهو ملكه ولا سعاية على العبد حتى يكون اعتاقا بعوض ولو كان المعتق المعسر لا يجوز بالاتفاق لان على العبد السعاية عندهما فيكون عتقا ببدل وان لم يكن ذلك البدل حاصلا للمعتق بل هو للشريك المقصود لانه لزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته وعنده يتجزى فاذا اعتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس رقبة وقد تمكن النقصان في الرق في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كام الولد بل اشد لان عتقها متعلق بالموت بخلاف هذا وهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير فصار كانه اعتق عبدا الا شيئا منه بخلاف المسئلة التي بعد هذه فانه اعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فيجوز كمن اضجع شاة ليذبحها اضحية فاصابت سكين عينها فعورت فان قيل الملك في المضمون يثبت مستندا الى وقت وجود سبب وبه يظهر ان نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الاعتاق وهو اذ ذاك لا نقصان فيه قلنا الملك في المضمون انما يثبت مستندا في حق الضامن والمضمون له

واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تاخير البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف

لا في حق غيرها فيتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرها والكفارة غيرها فلم يجز ولا يخفى ان التعييب ضرورة اقامة المامور ليس كالتعييب لصنعته مختارا حتى انه لو قطع يد الشاة مختارا عند الذبح نقول لا يجزيه فكان المشترك اولى بالاجزاء من العبد المختص لان مالك النصف لا يقدر على عتقه الا بطريق عتق نصفه فحاله اشبه بذابح الشاة من مالكه على الكمال وجوابه ان المعنى انه حصل بسبب اقامة الواجب وهذا القدر كاف في عدم ما نفيناه لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن اقامة الواجب الا كذلك فان الشارع لما اطلق له العتق بمرة وبمرات كان لا مرادا له لو حصل النقص بسببه مطلقا لا يمتنع وعن هذا بحث بعضهم انه يجب الاجزاء في الصورتين فان النقص في الاول ايضا حصل بسبب العتق كالثاني والتعدي وعدمه سواء لانه نقصان حكمي فيستوي فيه العمد والخطاء ولان الملك بالضمان يستند فيظهر ملكه في الكل عند اعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية واجاب عن قوله انما يستند في حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بان النقص لما كان حكميا فسواء وجد في ملكه بين اعتاق نصفه واعتاق باقيه وفي ملك غيره بين الاعتاقين لانه لو كان ينافي كمال الرقبة منع مطلقا وجوابه ان منافاة الكمال لا يستلزم منافاة الاجزاء الا اذا كان في غير ملكه لانه اهدر لحصوله بسبب اقامة الواجب غير انه اذا وقع في ملك غيره وضمنه كان مشتريا ناقص رقا معنى فمعتقه عن الكفارة بخلاف ما اذا وقع في ملكه حيث يتحقق فيه الاهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم اعتاقه فحيث اهدر كان كانه اعتق نصفه وبعض النصف الآخر ثم اعتق باقيه بخلاف الاول لا يمكن جعل النقصان في ذلك النصف مضافا الى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فبطل قدر النقصان فلم يقع عن الكفارة

قوله واعتاق النصف حصل بعده فان قيل كل عتاق بعد هذا وان كان اعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا من الاجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده ايضا قلنا انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني وبطل اعتاق ذلك النصف لان الشرط للحل مطلقا اعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الاثم بذلك المسيس ثم لم يمكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفي معه عتق النصف لان المجموع ح ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت الى ان يوجد الشرط وهو عتق مجموع رقبته قوله واذا لم يجد المظاهر ما يعتق في الجزاء انه لا يصوم من له خادم بخلاف المسكن وقال الشافعي ره والليث يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتباره بالماء المعد للعطش والفرق عندنا ان الماء مامور بامساكه لعطشه واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم كذا ذكره الرازي في احكام القرآن ويرد عليه المسكن وجوابه انه بمنزلة لباسه ولباس اهله بخلاف الخادم وفي الاسبيجابي يعتبر اليسار والاعسار وقت التكفير اي الاداء وبه قال مالك وقال احمد رضي الله عنه والظاهرية وقت الوجوب وللشافعي ره اقوال كالقولين وثالثها تعتبر اغلظ الحالين قوله وكفارته صوم شهرين ان صامهما بالاهلة اجزأه وان كانت ثمانية وخمسين يوما وان صامهما بغيرها فلا بد من ستين يوما حتى لو افطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستيناف قوله فان جامع التي ظاهر منها كونها المظاهر منها قيد في لزوم الاستقبال على قول ابي حنيفة فانه لو جامع زوجة اخرى ناسيا لا يستانف عنده ايضا كما لو اكل ناسيا لان حرمة الاكل والجماع انما هو للصوم لئلا ينقطع التتابع ولا ينقطع بالنسيان بالنص فلا يوجب الاستقبال بخلاف حرمة جماع التي ظاهر منها فانه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقدمها على المسيس شرط حلها فبالجماع ناسيا في اثنائه بطل حكم الصوم المتقدم في حق الكفارة على وزان ما قلنا في الجماع بعد عتق نصف العبد لصدق كون المجموع ليس قبل التماس وكون السبب النسيان لا اثر له في نفي هذا الواقع وعدم افساد الصوم بالنص على خلاف القياس وتقييده بليلا

ولو افطر منهما يوما بعذر او بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه

يكون عائدا ليس بتبديل جماعها ليلا عامدا او ناسيا سواء الا ان الخلاف في وطئها لا يفسد الصوم **قوله** وان افطر منهما يوما بعذر كمرض او سفر لزم الاستقبال بخلاف ما لو افطرت المرأة للحيض في كفارة القتل والفطر في رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض لو افطرت يوما قبل القضاء لزمها الاستئناف لانها لا تجد شهرين ليس فيهما ايام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما ايام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا لو نفست في صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت كما لو حاضت في خلال صوم كفارة اليمين فانها تستقبل لانها تجد ثلاثة ايام لا حيض فيها **قوله** لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه وقع تعليلا لقوله وان اطعم المولى عنه او اعتق فافاد ان معناه انه ملكه وامره ان يعتق ويطعم ليكون هو المكفر اذ لا بد من الاختيار في اداء ما كلف به او معناه ان السيد امره ففعل ذلك فانه يتضمن تمليكه ثم اعتاقه عنه واطعامه واعلم ان للسيد ان يمنع عبده من صوم الكفارات الا الكفارة الظهار لانها يتعلق بها حق الزوجة **قوله** واذا لم يستطع المظاهر الصيام لمرض لا يرجى زواله او كبر **قوله** او قيمة ذلك اي من غير ما نص عليه فلو دفع منصوصا عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز الا ان يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعا مثاله دفع نصف صاع تمر يبلغ قيمة نصف صاع بر او صاعا من البر او اقل من نصف صاع بر عن صاع تمر قيمته تبلغه لم يجز فلو كان التمر صاعا ودفعه عن نصف صاع بر جاز وهذا لان الاعتبار في المنصوص عليه بعين النص لا لمعناه ولو جاز ذلك في الاعتبار لزم ابطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف وهو باطل ثم اذا فعله فالواجب عليه ان يتم للذين اعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذي دفعه لهم فان لم يجدهم باعيانهم استأنف في غيرهم فان قيل لو كسى عشرة مساكين في كفارة اليمين ثوبا واحدا عن الاطعام جاز عنه اذا كانت قيمة نصيب كل منهم قيمة الاطعام مع ان كلا منهما منصوص عليه قلنا المنصوص عليه الكسوة لا الثوب غير انها لا تتحقق الا بالثوب فاذا لم يصب كلا ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصلة المنصوصة اعني الكسوة اصلا الا انه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر اذ لا كسوة الا بثوب يسير به مكتسيا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص **قوله** في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر وصوابه سلمة بن صخر والحديث غريب عنهما وعند الطبراني في حديث اوس بن الصامت قال فاطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا قال لا املك ذلك الا ان تعينني فاعانه النبي صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر صاعا واعانه الناس حتى بلغ انتهى ومقتضاه انه كان برا لان التمر والشعير يجزئ منه صاع وقدمنا عن ابي داود من طريق ابن اسحق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام في حديث اوس بن الصامت قال صلى الله عليه وسلم فاني ساعينه بعرق من تمر قالت يا رسول الله وانا اعينه بعرق آخر قال احسنت قال فيه والعرق ستون صاعا واخرج الحديث ايضا عنه بهذا الاسناد الا انه قال والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعا وهذا اصح لانه لو كان ستين لم يحتج الى معاونتها اياه بعرق آخر في الكفارة واخرجا ابو داود عن ابي سلمة بن عبد الرحمن قال العرق زنبيل ياخذ خمسة عشر صاعا وبهذه يعارضه في انه كان المخرج تمرا وبرا والله تعالى اعلم واما الذي في حديث سلمة بن صخر البياضي قال فاطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا قال والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام قال فانطلق الى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها اليك فاطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل انت وعيالك بقيتها الحديث اخرجه احمد وابو داود وهذا يقتضي ما اثبتناه في صدقة الفطر من ان الواجب من البر نصف صاع اذ لا قائل بالفرق في كمية المخرج في الصدقات الواجبة **قوله** لان الجنس متحد وهو جنس

قال غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما اكلوا او كثيرا وقال الشافعي رح لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام

وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص

هذه الكفارة وهو الاطعام بخلاف الكسوة مع الاطعام وبخلاف اعتاقه نصفي عبدين مشتركين بينه وبين غيره على قول ابي حنيفة رض فان الجنس وان كان متحدا لكن امتنع الاجزاء فيه لمانع آخر وهو ان المامور به اعتاق رقبة ونصفا رقبتين ليسا رقبة بخلاف الاضحية فان الاشتراك فيها لا يمنع الاضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدنة شرعا **قوله** فان غداهم وعشاهم جاز المعتبر اكلتان مشبعتان الخبز غير مادوم ان كان خبز بر في سائر الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانتا غداء وعشاء او غداءين او عشاءين بعد اتحاد الستين ولو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز والمعتبر الاشباع عن ابي حنيفة رض في كفارة اليمين لو قدم بين يدي عشرة اربعة ارغفة او ثلثة فشبعوا اجزاهم وان لم يبلغ ذلك الاصاعا او نصف صاع فان كان احدهم شبعان اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد اطعام عشرة وقد شبعوا وقال بعضهم لا يجوز لان المعتبر اشباعهم وهو لم يشبعهم بل اشبع التسعة **قوله** وهو حقيقة في التمكين من الطعم لا يقال الاتفاق على جواز التمليك فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الاطعام مستعملا في حقيقته ومجازه معا لانا نقول بجواز التمليك عندنا بدلالة النص والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة الشتم والضرب مع التافيف كذا هذا فالنص على دفع حاجة الاكل فالتمليك الذي هو سبب لدفع كل الحاجات التي من جملتها الاكل جوز فانه رح دافع لحاجة الاكل وغيره **قوله** وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وقال مالك والشافعي وهو الصحيح من مذهب احمد لا يجزيه وهو قول اكثر العلماء لانه تعالى نص على ستين مسكينا وبتكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصير ستين وكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ما ذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز واصحابنا اشد موافقة لهذا الاصل وكذا قالوا في المسئلة الآتية عن قريب وهي ما اذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز لان التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة كما اذا رمى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب عن رمية مع ان تفريق الدفع غير مصرح به وانما هو مدلول التزامي لعدد المساكين ستين فالنص على العدد اولى لانه المستلزم وغاية ما يعطيه كلامهم ان تتكرر الحاجة بتكرر المسكين حكما فكان تعدد حكما وتمامه موقوف على ان ستين مسكينا مراد به الاعم من الستين حقيقة او حكما ولا يخفى انه مجاز فلا مصير اليه الا بموجبه فان قلت المعنى الذي باعتباره يصير اللفظ مجازا او يندرج فيه التعدد الحكمي ما هو قلت هو الحاجة لكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو اعم من كونها حاجات ستين او حاجات واحد اذا تحقق تكررها الا ان الظاهر انما هو عدد معدود وذوات المساكين مع عقلية ان العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء **قوله** وهذا اي عدم الاجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع ستين مرة لواحد في يوم بطريق الاباحة لا يجوز من غير خلاف لانه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثاني فكان اطعام الطاعم اما لو كانت المرات تمليكات في اليوم الواحد اختلف فقيل لا يجوز ايضا الا عن يومه ذلك وصححه في المحيط لان المجوز سد الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم بصرف ما يقوم مقامه فالصرف اليه بعده في يومه كاطعام الطاعم فلا يجوز كما لا يجوز لو كان اطعاما حقيقة وكالدفع الى الغني بخلاف الدفع عن كفارة اخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لان المدفوع كالهالك بالنسبة اليها فان قيل لو كسى مسكينا واحدا عشرة اثواب في عشرة ايام حيث يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة الى الثوب بتجدد اليوم قلنا تجدد الحاجة الى الثوب يختلف باختلاف احوال الناس فلا يمكن تعليق الحكم في الثوب

وإن قربها التي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف لأنه تعالى ما شرط في الإطعام أن يكون قبل المسيس إلا أنه يمنع من المسيس قبله لأنه ربما يقدر على الإعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس، والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه. وإذا أطعم عن ظهارين ستين مسكينا لكل مسكين صاعا من بر لم يجزه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله يجزيه عنهما، وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما. له أن بالمؤدى وفاء بهما والمصروف إليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب أو فرق في الدفع. ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة، وإذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لأن نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما إذا نوى أصل الكفارة، بخلاف ما إذا فرق في الدفع لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر. ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوي عن إحداهما بعينها جاز عنهما، وكذا إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى نية معينة. وإن أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء

بغير الحاجة إليه فأقيم معنى الزمان مقامها لأنها تتجدد، وأدنى ذلك يوم تجتمع الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها. وقيل يجزئه لأن التمليك لما أقيم مقام حقيقة الإطعام وتفرغ من ذلك نظر إليه من حيث إنه تمليك، والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المدفوع بالكل بالنسبة إلى المدفوع ثانيا كما هو كذلك بالنسبة إلى دافع آخر وكفارة أخرى، وحينئذ فلا معنى لاشتراط زمان آخر للتجدد والحاجة إذ الحال قيامها. وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره إلا أن الأول أحوط. ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الإطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو إطعام لأنه لما أقيم مقام الشيء اعتبرت فيه أحكام ذلك الشيء، وإلا ما يعتقده من عدم جواز التمليك كالإطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع أنه معارض بمعنى آخر وهو ما ذكرناه. **قوله** وإن قربها التي الخ الحاصل أنه يجب تقديم الإطعام على المسيس، فإن قربها في خلاله لم يستأنف لأنه تعالى ما شرط فيه أن يكون قبل المسيس، ونحن لا نحمل المطلق على المقيد وإن كانا في حادثة واحدة بعد أن يكونا في حكمين، والوجوب لم يثبت إلا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس، بيانه أنه لو قدر على العتق أو الصيام في خلال الإطعام أو قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه، فلو جوز للعاجز عنهما القربان قبل الإطعام ثم اتفق قدرته فالتزم التكفير به لزم أن يقع العتق بعد التماس، والمفضي إلى الممتنع ممتنع. وفيه نظر فإن القدرة حال قيام العجز بالفقر والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله أمر موهوم، وباعتبار الأمور الموهومة لا تثبت الأحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب ورعا، فالأولى الاستدلال بما ذكرنا أول الفصل من النص ولا يحل بما ذكر. **قوله** لمعنى في غيره هو توهم القدرة على العتق أو الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالإطعام تخلل الوطء. **قوله** عن ظهارين سواء كانا من امرأة أو امرأتين. **قوله** له الخ حاصل الوجه أنه وجد المقتضي للوقوع عنهما فيقع، وذلك لأن المقتضي للإجزاء عنهما صرف الملكية إلى ما يجزي عن كفارتين إلى المحل مقرونا بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيلزم حكمه وهو الإجزاء. والجواب منع وجود المقتضي، وإنما يكون لو وجد لو كانت تلك النية معتبرة لكنها في الجنس الواحد لغو لأنها إنما اعتبرت لتمييز بعض الأجناس عن بعض لاختلاف الأغراض باختلاف الأجناس فلا يحتاج إليها في الجنس الواحد لأن الأغراض لا تختلف باعتباره فلا يعتبر فيبقى فيه مطلق الظهار ومجرده لا يلزم أكثر من واحد، وكون المدفوع لكل مسكين أكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لأن نصف الصاع أدنى المقادير لا تمتنع الزيادة عليه بل النقصان، بخلاف ما إذا فرق الدفع أو كانا جنسين. وقد يقال اعتبارها للحاجة إلى التمييز هو محتاج إليه في أشخاص الجنس الواحد كما في الأجناس، وقد ظهر أثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به من أنه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم يلغ حتى تحل وطء التي عينها، ومن الصور ظن أنه ظاهر منها فأعتق ثم تبين أنه ظاهر من غيرها لا يجزيه، ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زينب، فهنا أيضا يجب أن يلغو الثبوت بالعرض الصحيح في نية الظهارين وهو حاجا معا. أجيب بما حاصله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين فإن محلهما في الإطعام مائة وعشرون مسكينا بخلاف صورة الإعتاق، ولهذا يصير حاصل الجواب تسليم وجود المقتضي وادعاء المانع وهو رجوع الانقطاع عن الطريق الأول إذ قد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد. ثم قد يقال عليه إن اعتبار الستين مائة وعشرين بالنظر إلى كفارتين ليس بأبعد من اعتبار الواحد ستين في كفارة واحدة وباعتبار تجدد الحاجة مع الاتفاق على أن وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة

وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رح لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي رح له ان يجعل ذلك عن احدهما في الفصلين لان
الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر رح انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعدما اعتق
عنهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيدة فتلغو وفي الجنس المختلف مفيدة واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة
ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يومين عن قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير
الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التمييز والله اعلم

باب اللعان

الى كفارة اخرى فهو محتاج آخر بالنسبة اليها فما وقع الامع قيام الحاجة بالنسبة لكفارة اخرى **قوله** وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما هذا اذا كانت الرقبة مومنة فان كانت كافرة صح عن الظهار لان الكافرة لا تصلح كفارة القتل فتعينت للظهار **قوله** في الفصلين هما صورتا اتحاد الجنس واختلافه **قوله** لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر او محو اثر تلك الجناية جنس واحد ولذا حمل المطلق منهما على المقيد في الآخرى **قوله** لخروج الامر من يده فانه وقع نفلا اذ لا يصح اعتاق نصف رقبة عن كفارة وبذلك خرج من يده امكان ان يجعله عن احدهما لانه بعدما وقع على وجه لا ينقلب الى غيره **قوله** آخره
فتلغو فاذا لغت بقي نية مطلق الظهار فله ان يعين ايهما شاء كما لو اطلقها في الابتداء **قوله** واختلاف الجنس الخ لما اختلف باختلاف الجنس واتحاده احوجت المسائل افاد ما به الاختلاف والاتحاد فما اختلف سببه فهو المختلف والا فالمتحد والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السببين اعني الوقتين حقيقة او حكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل لدلوك هو من يوم غيره من آخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر وهو واحد جامع للايام كلها بلياليها وكل يوم وان كان سببا لصومه فكذا شهود الشهر فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان شهود الشهر وخصوص اليوم فباعتبار احد السببين لا يحتاج في نية قضائه الى تعيين يوم السبب مثلا اول يوم الاحد في الصلوات فان تعذر رعاية معرفة يومي الظهرين نوى اول ظهر عليه او آخر ظهر عليه ان لم يكن ساقط الترتيب وقد اسلفناه في باب شروط الصلوة وكذا اشترط التعيين في اليومين من رمضانين فينوي عن رمضان الاول والثاني لاختلاف السبب مطلقا لعدم تعلق الخطاب بصومهما بزمان يجمعهما ولو نوى ظهرا وعصرا او ظهرا وصلوة الجنازة لم يكن شارعا في شيء منهما للتنافي وعدم الرجحان بخلاف ما لو نوى ظهرا ونفلا حيث يقع من النفل عند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رح ترجيحا بالاقوى ولا يصير شارعا عند محمد رح اصلا الفرض
للتنافي ولو نوى صوم القضاء والنفل او الزكوة والتطوع او الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد رح لان النيتين لما بطلتا بالتعارض بقي مطلق النية وبها يصح النفل وعند ابي يوسف رح يقع عن الاقوى لان نية التطوع غير محتاج اليها فلغت فبقي نية القضاء ولو نوى حجة الاسلام والتطوع فهو عن حجة الاسلام اتفاقا عند ابي يوسف لما ذكرنا وعند محمد لانه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقي مطلقا وبه تتأدى حجة الاسلام والله اعلم ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا وفي القياس يكون تطوعا وهو قول محمد لتدافع النيتين فصار كانه صام مطلقا وجه الاستحسان ان القضاء اقوى لانه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لاسقاط حق له فيترجح القضاء وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين انه عن النذر لانه نفل في اصله وقدمنا هذا في كتاب الصوم وذكرنا الزام محمد شروعه في النفل في صورة نية الظهر والنفل فارجع اليه فليكن هذا رواية عنه فيه هذا ومما يعكس على الاصل الممهد ما عن ابي يوسف رحمه الله في المنتقى لو تصدق بدرهم عن يمين وظهار فله ان يجعله عن احدهما استحسانا

والله الموفق

باب اللعان هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي والقياس الملاعنة وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والابعاد يقال منه التعن اي لعن نفسه ولاعن اذا لاعن غيره منه ورجل لعنة بفتح العين اذا كان كثير اللعن

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن

لغيره ويكونها اذا لعنه الناس كثيرا قال الشنفرى اكرمه فان مبيته حق ولا انك لعنة للنزل وفى الفقه هو اسم لما يجرى بين الزوجين من الشهادات بالالفاظ المعروفة سمى ذلك به لوجود لفظ اللعن فى الخامسة تسمية للكل باسم الجزء ولم يسم باسم من الغضب وهو ايضا موجود فيها لانه فى كلامها وذلك فى كلامه وهو اسبق والسبق من اسباب الترجيح وشرطه قيام النكاح وما سيذكر وسببه قذفه زوجته بما يوجب الحد فى الاجنبية وركنه ذلك المفهوم وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سياتى واهله من كان اهلا للشهادة **قوله** اذا قذف الرجل امرأته بالزنا بان يقول انت زانية او رأيتك تزنين او يا زانية هذا مذهب الجمهور وفى المشهور عن مالك لا يجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد وهو قول الليث وعثمان البتى ويحيى بن سعيد واستضعف بان الكل رمى بالزنا وهو السبب فلا فرق **قوله** وهما من اهل الشهادة اى من اهل ادائها على المسلم فلا يجرى اللعان بين الكافرين والمملوكين ولا اذا كان احدهما مملوكا او صبيا او مجنونا او محدودا فى قذف واورد انه يجرى بين الاعميين والفاسقين مع انه لا اداء لهما ودفع بانهما من اهله الا انه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الاعمى بين المشهود له وعليه وهنا هو يقدر على ان يفصل بين نفسه وبين امرأته فيكون اهلا لهذه الشهادة دون غيرها وروى ابن المبارك عن ابى حنيفة رح ان الاعمى لا يلاعن **قوله** ممن يحد قاذفها فلو كانت لا يحد قاذفها بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه او كان لها ولد وليس له اب معروف او زنت فى عمرها ولو مرة او وطئت وطئا حراما بشبهة ولو مرة لا يجرى اللعان واورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط فى جانب الرجل ايضا حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجرى اللعان ايضا وان كانت ممن يحد قاذفها واجاب فى النهاية بان اللعان فى حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من احصانها حتى يقع بمقام حد القذف وعند عدم احصانها قذفها لا يكون موجبا شيئا لا الحد ولا اللعان اما قذف الرجل عند عدم احصانه فموجب ما هو الاصل وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم احصانه عن موجب فلذلك لم يشترط كونه ممن يحد قاذفه اذ الحد اصل اللعان فكان فى معنى اللعان قال فى شرح الكنز هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان ان يكونا من اهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزانى لا يخل بهذا الشرط لان اللعان يجرى بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان شرط اللعان ان تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد فى حقه هذا المعنى فلاى معنى يمتنع انتهى والحاصل ان المرأة هى المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط اهلية الشهادة بخلافه لانه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت اهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه **قوله** والاصل اى الاصل فى اشتراط اهلية الشهادة فيهما واشتراط كونها مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها ان اللعان شهادات مؤكدات بالايمان فلذلك اشترطنا اهلية الشهادة فانه قائم مقام حد القذف فى حقه ان كان كاذبا اى فى قذفه لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا فى حقها ان كان صادقا **قوله** عندنا قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف فعند الشافعى اللعان ايمان مؤكدات بالشهادات وهو الظاهر من اقوال مالك واحمد فمن كان اهلا لليمين وهو من يملك الطلاق فكل من يملكه فهو اهل له عنده فيجب اللعان من كل زوج عاقل وان كان كافرا وعبدا فهو قول مالك واحمد رواية كقولنا وجه قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم فى اليمين والشهادة تحتمل اليمين الا ترى انه لو قال اشهد ينوى اليمين كان يمينا فحملنا المحتمل على المحكم لان حمله على حقيقته متعذر لان المفهوم فى الشرع عدم قبول شهادة

وأما قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم والاستثناء إنما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا إذا ثبت هذا نقول لا بد أن يكونا من أهل الشهادة لأن الركن فيه الشهادة ولا بد أن تكون هي ممن يحد قاذفها لأنه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من إحصانها ويجب بنفي الولد لأنه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة كما إذا نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف وهذا لأن الأصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به

الانسان لنفسه بخلاف يمينه وكذا المعهود شرعا عدم تكرار الشهادة في موضع بخلاف اليمين فانه معهود في القسامة ولان الشهادة محلها الاثبات واليمين للنفي فلا يتصور تعلق حقيقتهما بامر واحد فوجب العمل بحقيقة احدهما ومجاز الآخر فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلنا من الموجبين المذكورين فهذا التقرير يقتضي في حل مذهبه ان يقال ايمان مؤكدة بالايمان لا ايمان مؤكدة بالشهادة ولنا الآية المذكورة والحمل على الحقيقة يجب عند الامكان وقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم اثبت انهم شهداء لان الاستثناء من النفي اثبات وجعل الشهداء مجازا عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن لهم حالفون الا انفسهم وهو غير مستقيم لانه يفيد انه لما لم يكن للذين يرمون ازواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لانفسهم وهذا فرع تصور حلف الانسان لغيره وهو لا وجود له اصلا فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان هذا صارفا عنه الى مجازه فكيف وهو مجازي لها فلو لم يكن هذا كان امكان العمل بالحقيقة موجبا لعدم الحمل على اليمين فكيف وقد وجد صارف عن المجاز وما توهم صارفا مما ذكر غير لازم قوله فقبول الشهادة لنفسه وتكرار الاداء لا عهد به قلنا وكل من الحلف لغيره والحلف لا يجاب الحكم لا عهد به بل اليمين لدفع الحكم فان جاز لمن له ولاية الايجاد والاعدام والحكم كيف ما اراد شرعية هذين الامرين في محل بعينه ابتداء جاز له ايضا شرعية ذلك ابتداء ثم هو اقرب في القول لعقلية كون التعدد في ذلك المحل ازليا بدلا عما عجز عنه من اقامة شهود الزنا وهم اربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولهذا يثبت عند عدمها اعظم ثبوت قال الله تعالى شهد الله انه لا اله الا هو فغير بعيد ان يشرع عند ضعفها بواسطة تاكيدها باليمين والتزام اللعنة والغضب ان كان كاذبا مع عدم ترتب موجبها في حق كل من الشاهدين اذ موجب الشهادة لكل واحد اقامة الحد على الآخر وليس ذلك بثابت هنا بل الثابت عندهما هو الثابت بالايمان هو اندفاع موجب دعوى كل عن الآخر وانما قلنا عندهما ولم نقل بها لان هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما واما قوله اليمين للنفي الخ فمحله ما اذا وقعت في انكار دعوى مدع والا فقد يحلف على اخبار بامر نفي او اثبات وهذا كذلك فانها على صدقه في الشهادة والحق انها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما اذا جمع ايمانا على امر واحد بخبر به فان هذا هو حقيقة كونها مؤكدة للشهادة اذ لو اختلف متعلقهما لم يكن احدهما مؤكدا للآخر وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط اهلية الشهادة وعدمها قوله قائمة مقام حد القذف في حقه اي بالنسبة الى كل زوجة على حدة لا مطلقا الا يرى انه لو قذف بكلمة او بكلمات اربع زوجات له بالزنا لا يجزيه لعان واحد لهن بل لا بد من ان يلاعن كلا منهن على حدة ولو كن اجنبيات فقذفهن حد حدا واحدا لهن وسبب هذا الافتراق ان المقصود يحصل في اقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن ولا يحصل ذلك في اللعان الا بالنسبة الى كل واحدة ويتعذر اجتماع الكل في كلمة قوله ويجب بنفي الولد هو اعم من كونه منها او ولدها من غيره ويجب ارادة هذا الاطلاق فقوله في الغاية او نفي نسب ولدها المولود على فراشه لا يفيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره من ابيه المعروف يكون قذفا لها كما لو نفاه عنه اجنبي فيكون موجبه اللعان لما تلونا كذا في شرح الكنز قوله ولا يعتبر احتمال الخ جواب عن مقدر تقديره ان النفي ليس بقذف لها بالزنا لصحة كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا زنا اجاب بانه احتمال لا يعتبر لان النسب وان كان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع انتفاء ثبوته الا من هذا الفراش القائم فاذا نفاه عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفيا لثبوت نسبه مطلقا ويستلزم كونه من زنا فكان

ويشترط طلبها لانه حقها فلابد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا

قذفا ما لم يظهر خلافه ولم يظهر بعد وانما بقي فيه احتمال كونه في نفس الامر من غير زنا ولا عبرة به فان هذا الاحتمال قائم بعينه فيما اذا صرح بنسبته الى الزنا به ثم شبهه بما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف يعني فانه يكون قذفا موجبا للحد وان كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مصرح بخلاف ما في المحيط من انه اذا نفى الولد فقال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لاعان بينهما لان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال وفي النهاية والدراية جعلا هذا قول الشافعي ثم قال واجمعوا انه لو قال لاجنبية ليس هذا الذي ولدته من زوجك لا يصير قاذفا ما لم يقل انه من الزنا قال والقياس ما قاله الشافعي الا انا تركناه للضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يقربها او عزل عنها عزلا بينا ولا يدري من اين هو يعني فيحتاج الى نفيه لانه لا يستلحق من ليس منه يقينا ولا تمكن منه الا باللعان وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره وجواب الفصلين يخالف جوابها المصرح في الهداية والعجب من صاحب الدراية حيث قال في تقرير قوله في الكتاب ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد الخ لانه يصير قاذفا بالاجماع مع وجود هذا الاحتمال كما في نفي اجنبي نسبه من ابيه المعروف ونقله من الايضاح والمبسوط ثم نقل قول الشافعي كما في النهاية ثم اورد صورة الاجنبية مقيسا عليه له فقال كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم يمنعه في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لاجنبية وقوله لزوجته وهو تناقض ظاهر ومخالف لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالايضاح والمبسوط وغيرهما وما في كتاب الحدود فانه قال ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لانه يحتمل الحل والجماع لشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي ان يكون كذلك هنا يعني في نفي نسب ولد من زوجته اجيب عنه بانا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التي بينا ما قلت ونحن على ما هو الحق فالجواب ان الجماع لا يستلزم الزنى بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررنا فانه يستلزمه **قوله** ويشترط طلبها وبه قالت الائمة الثلاثة لانه اي اللعان حقها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها بخلاف ما اذا كان القذف بنفي الولد فان الشرط طلبه لاحتياجه الى نفي من ليس ولده عنه **قوله** فان امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد وعند الشافعي رحمه الله اذا امتنع حد حد القذف وكذا اذا لاعن فامتنعت حدت عنده حد الزنا وعندنا تحبس حتى تلاعن او تصدقه ويرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل الآخر فيما ادعاه والادعاء منه القذف فهو سبب التكاذب فالتكاذب شرط وفي بعض النسخ فيرتفع السبب فهذا اذا اعترف بالقذف ولو انكر فاقامت بينة فثبت ولزمه اللعان وفي الجامع لو مات الشاهدان وغابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفي المال يقضى بخلاف ما لو عميا او فسقا او ارتدا حيث يلاعن بينهما وفي بعض نسخ القدوري او تصدقه فتحد فهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق اربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان قطع النسب انما ثبت حكما للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في ابطاله وجه قول الشافعي رضي الله عنه ان الواجب بالقذف مطلقا الحد بعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم الا انه يتمكن من دفعه فيما اذا كانت المقذوفة زوجته باللعان تخفيفا عليه فاذا لم يدفعه به يحد ومثله في المرأة اذا لم تلاعن

او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه وان كان من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك

بعدما اوجب الزوج عليها اللعان بلعانه فاذا امتنعت حدت للزنا ويشير اليه قوله تعالى ويدرؤ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الى قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله اي فالواجب شهادة احدهم وقد عرف ان فاء الجزاء يحذف بعدها المبتدأ كثيرا لما قدمنا وان الواجب في قذف النساء اللعان فاما ان يكون ناسخا او مخصصا لعموم ذلك العام للاجماع على انه ليس بمنسوخ وعلى التقديرين يلزم كون الحكم الثابت في قذف الزوجات انما هو هذا فلا يجب غيره عند الامتناع عن ايفائه بل يحبس لايفائه كما في كل حق امتنع من هو عليه من ايفائه يحبس حتى يوفيه والثابت عندنا انه بطريق النسخ لانه لم يتقارن العام وهو مخصص اول والعام بتأخره يحمل على انه ناسخ وانه صلى الله عليه وسلم قال للذي قذف ائت باربعة شهداء والا فحد في ظهرك ثم نزلت آية اللعان ولم يتعين كون المراد من العذاب في الآية الحد لجواز كونه الحبس اذا قام الدليل على ان اللعان هو الواجب وجب حمله عليه قيل والحبس من الشبان فعن علي رضي الله عنه لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده ولو كان عبدا فاسقا واجيب عنه انه يمين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه بعد الوجوب واستقل به كل من الرجل والمرأة في الحد عن نفسه واوجب به الرجم الذي هو اغلظ الحدود على المرأة فان قال انما وجب عليها بالنكول اجبنا بامتناعها عن اللعان قلنا هو ايضا من ذلك العجب كون النكول اقرارا فيه شبهة والحدود تندفع بها مع انه غاية ما يكون بمنزلة الاقرار مرة ثم ان عنده هذه الشبهة اثرت في منع ايجاب المال مع انه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو اغلظ الحدود واصعب اثباتا واكثر شروطا ونحوه في كافي الحاكم اذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته بالزنا جازت شهادتهم فتحد هي وان كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج **قوله** او كافرا صورته ما اذا كان الزوجان كافرين فاسلمت هي فقذفها الزوج قبل عرض الاسلام عليه **قوله** فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات يعني الحد ولا تحرير في هذا الكلام الا ان يكون الموجب الاصلي هو الحد في حق العموم وقد جعل له ان يسقط باللعان كما قال الشافعي رحمه الله واما على ما قررنا من ثبوت نسخها في قذف الزوجات فلا يكون للحد وجوب في قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير اليه فيصير لا يصير الى غير حكمه والدليل يجيبه والحق في التقرير ان يقال النص انما نسخ حكم الحد في حق من كان من اهل الشهادة من الازواج لا في كل زوج لان لفظة الناسخ ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم تقيد ذلك ويبقى العام موجبا حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن اهلا فيعمل بمقتضاه **قوله** وان كان اي الزوج من اهل الشهادة وهي ليست من اهلها او من اهلها الا انها لا يحد قاذفها بان تكون قد زنت في عمرها ولا حد ولا لعان وهو ظاهر فيما اذا كانت لا يحد قاذفها اما اذا كانت ممن يحد قاذفها الا انها ليست من اهل الشهادة بان تكون عفيفة محدودة في قذف فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من اين يستلزم امتناع الحد والحال انها ممن يحد قاذفها فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج لم يسقط الحد عنه والجواب ان الزوج لما كان اهلا للعان بان كان اهلا للشهادة لم يكن حكم قذفه الا اللعان لا الحد فاذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب بخلاف ما اذا امتنع من جهته لعدم الاهلية للشهادة فان حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا **قوله** والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهم اخرج ابن ماجة في سننه عن ابن عطاء عن ابيه

ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا

عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اربعة من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك واخرجه الدارقطني عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب واخرجه بالطريق الاول ايضا وقال وتابعه يعني تابع عثمان بن عطاء الخراساني يزيد بن زريع عن عطاء وهو ايضا ضعيف وروي عن الاوزاعي وابن جريج وهما امامان عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده من قوله فلم يرفعاه ثم اخرجه كذلك موقوفا ثم اخرجه عن عمار بن مطر عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواته وانت علمت ان الضعيف اذا تعددت طرقه كانت حجة فهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية الامامين اياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب على ان معنى الحديث المذكور ما يدل عليه آية اللعان على التقدير الذي ذكرناه من انها شهادات الخ **قوله** ولو كانا محدودين فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وكذا اذا كان هو عبدا او هي محدودة في قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين او مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة والكافرة لا يوجبه بخلاف قذف المحدودة اذا كانت عفيفة فانه لو قذفها اجنبي يحد فكذا الزوج ولو قذف الكافرة او الامة اجنبي لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين او مجنونين وعند الشافعي رحمه الله وغيره يلاعن في الكل لان كل من هو من اهل اليمين فهو اهل له الا اذا كان احدهم صغيرا او مجنونا قيل عليه كما ان امتناعه يعني من جهته كذلك هو بمعنى من جهتها فكان ينبغي ان تتراعى الجهتان فباعتبار جهته ينبغي ان يتعين اللعان فقط وباعتبار جهتها يسقط اللعان فيتبعه سقوط الحد والجواب ان القذف يوجب الحد الا منه وهو مقتض لعينه اللعان ان كان اهلا للشهادة والحد ان لم يكن وعدم اهليتها مانع ولا اعتبار للمانع الا بعد وجود المقتضي لان مفهوم المانعية تقتضي ذلك وحقيقته نسبته الى المقتضي بالمنع ولا وجود لمقتضي اللعان فلا يعتبر المانعية من جهتها للعان والحد انما يسقط بما من جهتها تبعا لسقوط اللعان ولم يعتبر المسقط الممتنع من جهتها فبقي على ما كان وقد كان ثابتا فان قذف الزوج موجب للحد **قوله** وصفة اللعان الخ ظاهر في تعينه كذلك حتى لو اخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يعتد بلعانها فتعيد بعده وبه قال الشافعي واحمد رحمهما الله واشهب من المالكية وفي البدائع ينبغي ان يعيد اللعان عليها لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج ولا يصح القدح الا بعد وجود الشهادة ولهذا يبدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فان لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد ولانه قيل ان اللعان يمين لا شهادة ويجوز تقديم احدى اليمينين على الاخرى كتحالف المتبايعين فانه لا يلزم مراعاة الترتيب فيعتبر لزوم الاعادة كقول الشافعي رحمه الله لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقد اخطأ السنة ولا يجب اعادته وبه قال مالك رضي الله عنه وهو الوجه لان النص اعقب الرمي بشهادة احدهم وشهادتها الدافعة للحد عنها بقوله ويدرأ عنها العذاب الخ ولا يتم هذا الا ان يثبت عليها ولا قائل به وان ما قلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من انه عقب جملة الافعال للقيام الى الصلاة وان كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره ثمة **فروع** قذفها ثم طلقها بائنا سقط اللعان ولا يجب الحد ولو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود وهو قول الائمة الاربعة ولو قذف اجنبية ثم تزوجها ثم قذفها فانما يجب الحد بالاول واللعان بالثاني فسبقه للاول سقط اللعان ولو طالبت

لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال **قال** واذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما وقال زفر رح تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فهي طالق ثلثا قاله حين لاعن وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رح لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين

اللعان او لا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قذفتك قبل ان اتزوجك او قذفتك وانت قبل ان اتزوجك فهو قذف في الحال فيلاعن وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله وما في خزانة الاكمل من انه يلاعن في قوله زنيت قبل ان اتزوجك يحد في قوله قذفتك قبل ان اتزوجك او صدقها ثم زنت او وطئت بشبهة لا حد ولا لعان ويسقط اللعان بزناها ولو اسلمت بعده لا يعود ولو قذفها ثم ابانها يسقط اللعان ولو كذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد اللعان **قوله** لانه اقطع للاحتمال لاحتمال ان يصير مرجعا للضمير الغائب هو غيرها بخلاف الخطاب وتقول هي ايضا انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا فالاولى ان يقيمهما القاضي متقابلين ويقول له التعن **قوله** اذا انضمت اليه الاشارة يعني تقطع احتمال ضمير الغائب لان المراد ان انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لان الاشارة بانفرادها لا احتمال معها **قوله** لا تقع الفرقة حتى لو مات احدهما قبل تفريق القاضي ورثه الآخر ولو زالت اهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجى زواله بان اكذب نفسه او قذف احدهما انسانا فحد للقذف او وطئت هي وطيا حراما او خرس احدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لانه يرجى عود الاحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة او طلقها او آلى منها صح لبقاء النكاح غير ان وطيها محرم كما ستعلم ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثلثا خطأ نفذ تفريقه عندنا وعند زفر ومعه الائمة لا ينفذ **قوله** بالحديث يشير به الى حديث المتلاعنان لا يجتمعان ابدا فانه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان لما هو المعروف من ان ترتيب الحكم على مشتق يفيد ان مبدأ اشتقاقه علة له وسياتي الكلام على هذا الحديث وقال الشافعي رحمه الله بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما ولا نعلم له في ذلك دليلا يستلزم الوقوع الفرقة بمجرد لعانه الزوجة قبل وينبغي على هذا ان لا تلاعن المراة اصلا لانها ليست زوجة والتمسك بمروي زفر انما يفيد حرمتها بلعانهما لا بلعان احدهما وهذا لان حقيقة حال اشتغالهما باللعان هو لا يدخل في الوجود جملة بل على التعاقب فتعذر ارادتها واقرب الاوقات الى الحقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول وليس يلزم من حرمتها وقوع الفرقة وما ذكروه من المعنى وهو انه لا ايتلاف بعد اللعن فليس يقطع في ذلك بل ظاهر بل يجوز تجدد الالفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح باحسان فانه بثبوت الحرمة فات الامساك بمعروف فيتعين التسريح باحسان كما فيما اذا ثبتت الحرمة بالظهار فانها اذا طالبته امره القاضي بالتسريح او التكفير الا ان الظلم هنا لا ينتهي بكل من الامرين بل بامر واحد هو الطلاق فينحصر امره فيه فاذا امتنع ناب منابه لانه نصب لدفع الظلم ويدل على هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر ان رجلا لاعن امراته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما والحق الولد بامه وما اخرجاه ايضا في حديث عويمر العجلاني لما فرغ قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها عويمر ثلاثا قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذي عنى المص بقوله يدل عليه قوله صلعم لذلك الملاعنين الى آخره لكن الصواب ما علمت من ان القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين ورواه ابو داود وقال فيه فطلقها ثلاث تطليقات فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا قال البيهقي قال الشافعي رحمه الله عويمر حين طلقها ثلاثا كان جاهلا

وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابداً نص على التابيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها لا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان

بان اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمان في السلف هو يلزمه شرطا ولم يشرطا وتفريق النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رض تفريق حكم لا الفرقة الزوج وقال الزهري رحمه الله وسهل فكانت سنة المتلاعنين اى الفرقة قال البيهقي رحمه الله والذي يدل على ذلك ما اخرجه ابو داود رضي الله عنه في سننه عن ابن عباس رضي الله عنه في قصة هلال بن امية ولعانه قال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ليس لها عليه قوت ولا سكنى من اجل انهما يفترقان بغير طلاق ولا متوفى عنها واجيب بانه لو وقع الفرقة بمجرد اللعان لانكر عليه صلى الله عليه وسلم تطليقه وقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو انكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله قال يا رسول الله مالي قال لا مال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وان كنت كذبت عليها فذلك ابعد لك منها فدل تقريره صلعم على وقوع الطلاق فلا يعارضه قول ابن عباس رضي الله عنهما من اجل انهما يفترقان بغير طلاق فانه من قوله وقد يقال ليس هذا مما يكون ترك الانكار فيه حجة لانا لم ندع فيه انه محرم حتى تكون ترك الانكار حجة علينا انما ادعينا انه وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات اليه ويجاب بانه يستلزم مفسدة ح لان السكوت يفيد تقريره بانه الواقع فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا الى المفاسد لانه يفيد تقريره وقوعه الان فيستلزم فيما فرض عدم طلاقه او تاخيره الطلاق حتى اعترض موت احدهما او تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضي ظن ملكها فيجامعها قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر والواقع ان الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الافضاء الى مثل هذا فان دفع بان المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جدا اذ الفرض بمجرد الفراغ عندنا يامره القاضي ان يطلق وان ابى طلق هو والموت في مثلها اندر نادر قلنا ولو كان لا يجوز لانه ترك هو علامن حكم وليس هو مشروعا وايضا فحديث ابن عمر رض فانه قال فيه فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني امضاه ذلك الطلاق وهو حجة على من قال ان الطلاق الثلاث لا يقع او يقع واحدة ثم هو اولى من حديث ابن عباس رضي الله عنه لانه رفع امضاءه صلعم الطلاق وذلك انما يكون بفهم اقتضاء ذلك منه عليه السلام قوله وهو خاطب الخ يعني اذا اكذب نفسه بعد اللعان والتفريق وحد ولم يحد صار خاطبا من الخطاب يحل له تزوجها خلافا لابي يوسف ولو كذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا في الغاية ولو اكذب نفسه قبل اللعان نظر فان طلقها قبل بالاكذاب حد ايضا وان ابانها ثم اكذب نفسه فلا حد ولا لعان لان للعان اثره التفريق بينهما وهو لا يتاتى بعد البينونة اى لحصوله بالابانة وهو لا يصح بدون كلمة لا يجب الحد لان قذفه وقع موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف اكذابه نفسه بعد اللعان لان حد للقذف الذي تضمنه كلمات اللعان لا القذف الاول لانه نفذ حكمه من اللعان وكذا يحد شهود الزنا اذا رجعوا لتضمن شهادتهم نسبته الى الزنا وعلى هذا لو قال يا زانية انت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لانه قذفها وهي زوجة ثم بانت ولو قال انت طالق ثلاثا يا زانية حد وكما تحل له باكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا اجنبيا بعده فحدت او قذف هو اجنبيا فحد او زنت او ارتد احدهما حتى خرج بذلك احدهما من ان يكون اهلا للشهادة لارتفاع السبب الذي لاجله افترق المتلاعنان وهو على ما قالوا انه كيلا يتكرر اللعان بان يقذفها مرة اخرى وهو لم يشرع بين الزوجين الا مرة في العمر ويخلو القذف عن الموجب في الدنيا فخروج احدهما عن الاهلية يقع الامن عن ذلك وقال ابو يوسف رحمه الله اذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان ابدا فتثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الائمة الثلاثة فاذا كانت حرمة مؤبدة لا يكون طلاقا قابل فسخا ويلزم

ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه وألحقه بامه وصورة اللعان ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما
رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي ان النبي عليه السلام نفى ولد امرأة هلال

على قول ابي يوسف رحمه الله ان لا يتوقف على تفريق القاضي لان الحرمة ثابتة قبله اتفاقا وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما يكون بالطلاق
لو زالت فاذا فرض ان هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضي واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب
وروى الدارقطني بسنده من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان اذا افترقا لا يجتمعان ابدا وقد طعن الشيخ
ابو بكر الرازي في ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن قال صاحب التنقيح اسناده جيد ومفهوم شرطه يستلزم انهما لا يفترقان بمجرد
اللعان الثاني فهو حجة على الشافعي على مقتضى رأيه واخرجه الدارقطني ايضا موقوفا على علي وابن مسعود قالا مضت السنة وروى عبد الرزاق
عن عمر وابن مسعود المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وراه ابن ابي شيبة موقوفا على عمر وابن عمر وابن مسعود اجاب المصنف بقوله ولا يجتمعان ما داما
متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه يعني ان الحكم في هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفية الموضوع وهي القضية المسماة بالمشروطة
ولم يبقيا بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكمه بالاكذاب لنفسه لثبوت النسب ان كان القذف بنفي الولد
ولزوم الحد وحكمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية وذلك يستلزم انتفاء ملزومها شرعا فينتفي الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فثبت
نقيضه وهو حل الاجتماع وهذا ابناء على ان المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكما لما قدمنا من ان ارادتهما باعتبار قيام التلاعن
حقيقة متعذر ولا شك انه يثبت قيام التلاعن حكما بتقدير ان يراد من وجد بينهما لعان في الخارج وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الاكذاب
او ارتفاع حكمه وقطع اعتباره فالكما شرعا عند الاكذاب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج ولكن يبقى النظر في اي الاحتمالين
ارجح واظن ان الثاني اسرع الى الفهم والله اعلم واما ما استدل به من المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمتنع حصول الانتظام
المقصود منه وما ذكره بعضهم من ان سبب تأبد الحرمة كون احدهما صار ملعونا او مغضوبا عليه مما يبعده عن الفقه اذ لا شك في بقاء
اسلام كل منهما غير انه صنع كبيرة تصح منها التوبة بفضل ذي الفضل جل جلاله وهذا القدر لا يمنع التناكح **قوله** ولو كان القذف بولد نفى
القاضي نسبه والحقه بامه شرط هذا الحكم بان يكون العلوق في حال يجري بينهما فيه اللعان حتى لو علق وهي كافرة او امة ثم اعتقت واسلمت
فنفى نسب ولدها لا ينتفي ولا يلاعن لان انتفاءه انما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما ولان نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه
فلا ينقطع والله اعلم وفي الذخيرة لا يشرع اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصي ومن لا يولد له ولذا انه لا يلحق به الولد وفيه نظر لان المجبوب
ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ولا لعان في القذف بنفي الولد في نكاح فاسد وعند الشافعي واحمد رحمهما الله يجب
اللعان به وكذا في نفيه من وطء بشبهة وعند ابي يوسف فيهما الحد واللعان لانه يلحقها بالنكاح الصحيح وفي الذخيرة قذفها بنفي ولدها
ولم يلتعنا حتى قذفها اجنبي به فحد الاجنبي يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفي بعد ذلك لانه لما حد قاذفها فقد حكم بكذبه **قوله** وصورة اللعان
اي في القذف بنفي الولد **قوله** لما روي انه عليه السلام نفى نسب ولد امرأة هلال قيل غلط فانه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنفي
ولد وقيل المراد نسب ولدها الذي اتت به فانها حملت من الوطء الذي قذفها به والحديث في البخاري وابي داود ويختلف الفاظها وتتفق
عن ابن عباس قال جاء هلال بن امية من ارضه عشاء فوجد عند اهله رجلا فرأى ذلك بعينيه وسمع باذنيه فلم يهجه حتى اصبح ثم
غدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني جئت اهلي عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعيني وسمعت باذني

بن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده

فذكروا لرسول الله صلى الله عليه وسلم فهم باجابته واشتد عليه فنزلت والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية فسري
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا قال هلال قد كنت ارجو ذلك من ربي تعالى فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ارسلوا اليها فجاءت فتلا عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرهما واخبرهما ان عذاب الآخرة اشد من عذاب الدنيا وقال
هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما فشهد هلال اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين
فلما كان الخامسة قيل له اتق الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال والله
لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم قيل لها اشهدي فشهدت اربع
شهادات بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجبة التي
توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا افضح قومي فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ففرق
رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى ان لا يدعى ولدها لاب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وقضى ان لا بيت
لها عليه ولا قوت من اجل انهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال عليه السلام ان جاءت به اصيهب اريصح اثيبج فاني الثبيج
حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به فجاءت به اورق الى آخر
الاوصاف الثانية فقال عليه السلام لولا الايمان لكان لي ولها شان قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك اميرا على مصر وما يدعى لاب
هذه في لفظ ابي داود وفي رواية اخرى سائر اليوم لا افضح قومي وفي مسلم والنسائي عن انس ان هلال بن امية قذف امرأته بشريك
بن سحماء وكان اخا البراء بن مالك لامه وكان اول رجل لاعن في الاسلام فقال صلى الله عليه وسلم انظروها فان جاءت به ابيض سبطا قضيء العينين فهو لهلال
بن امية وان جاءت به اكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء قال فانبئت انها جاءت به اكحل جعدا حمش الساقين فهذا وما قبله يدل على
انها كانت حاملا وقطع نسب الولد التي تاتي به وفي سنن النسائي ايضا عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني
وامرأته وكانت حبلى واخرج عبد الرزاق هكذا ايضا وقال زوجها ما قربتها منذ عفار النخل قال وكانت السيقى بعد الآبار بشهرين فقال عليه السلام
اللهم بين فجاءت بولد على وجه المكروه وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال شهد عويمر بن الحارث
العجلاني وقد رمى امرأته بشريك بن سحماء وانكر حملها فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حامل فرايتهما يتلاعنان قائمين عند المنبر
ثم ولدت فالحق الولد بالمرأة وجاءت به اشبه الناس بشريك بن سحماء وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا امرأة لا نعلم عليها الا خيرا فلما جاء الشبه
بشريك عذره الناس وعاش المولود سنتين ثم مات وعاشت امه بعده يسيرا وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء قال الواقدي
وحدثني غير الضحاك بن عثمان ان عويمرا انساق الحديث الى ان قال ولم يجد رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمرا في قذفه شريك
بن سحماء وشهد عويمر بن الحارث وشريك بن السحماء احدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففي هذا ان الولد عاش سنتين ومات ونسبه تام
في قصة هلال الى شريك اليه ايضا في قصة عويمر قيل ويجمع بينهما بانهما واقعتان وفي النفس منه شيء وفي الصحيحين ايضا عن ابن عباس في
قصة قال فقال عليه السلام اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها انه وجده عندها فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا ان اللعان

فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف رح ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره فان عاد
الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم
وكذلك ان قذف غيرها فحد به لما بينا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد
قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق
بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رح وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول
ابي حنيفة وزفر رح لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد رح اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل
لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كانه قال ان كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط فان قال لها زنيت
وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رح ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا

بينهما كان بعد الوضع وهي ما تقدم خلافه وهذا التعارض **قوله** فيتضمنه القضاء الخ اي يثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق **قوله** وعن
ابي يوسف ان القاضي يفرق الخ اولا يثبت قطع النسب ضمنا للتفريق لانه اي التفريق باللعان **قوله** لانه ينفك عنه اي عن نفي الولد
كما لو مات الولد قبل اللعان فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد ولو نفى نسب غلام الولد انتفى الولد واللعان والتفريق به **قوله**
فلا بد من ذكره حتى لو لم يقل لا ينتفي النسب عنه قال شمس الائمة رضي الله عنه هذا صحيح ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت ولده فيحاز
ولو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الاب وورثه الاب لاحتياج الحي الى النسب ولو ترك بنتا ولها ابن فاكذب الملاعن نفسه يثبت عند
ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس له ان الابن يعير بانتفاء نسبها منه كابيه فهو محتاج الى ثبوت نسبها **قوله** فان عاد
الزوج فاكذب نفسه اي بعد اللعان ونفي الولد **قوله** وهذا عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد على ما سبق **قوله** وكذلك ان قذف غيره الخ على
وزان ما قدمنا في زوال الاهلية بعد اللعان فالقذف بمجرد الزنا **قوله** وكذا اذا زنت فحدت قيل لا يستقيم لانها اذا حدت كان حدها الرجم
فلا يتصور حلها للزوج بل المراد ان تزني فتخرج عن الاهلية ولذا اطلقنا فيما قدمناه ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها الى الزنا وهو معنى
القذف فيستقيم ح توقف حلها للاول على حدها لانه حد القذف وتوجيه تخفيفها ان يكون العقد واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت
فان حدها الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال اهلية الشهادة بطريق الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي
عنها في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الاهلية ليبطل اثره من الحرمة **قوله** ولو قذفها وهي صغيرة
او مجنونة قذفا مقتصرا فلا لعان فكذا لو اسند القذف وهي ممن يحد قاذفها في الحال بان قال زنيت وانت صبية او مجنونة وجنونها
معهود لم يكن قذفا في الحال لان فعلها لا يوصف بالزنا بخلاف قوله زنيت وانت ذمية او منذ اربعين سنة وعمرها اقل من ذلك فانه
يقتصر **قوله** لانه اي اللعان يتعلق بالصريح كحد القذف ولانه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال احلف مكان اشهد لا يجوز
ولا شهادة للاخرس في الاموال فهنا اولى وكذا اذا كانت خرساء لا لعان لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال انها تصدقه او لتعذر
الاتيان بلفظ الشهادة **قوله** وفيه خلاف للشافعي ومالك والظاهرية فيلاعن بالاشارة عندهم اعتبره بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر
تصرفاته وقالوا ان امامة بنت ابي العاص اصمتت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فاشارت اي نعم فرأوا انها وصية قلنا لم يثبت ذلك
ولو ثبت فتجويز الوصية ممن اعتقل لسانه بالاشارة لا يستلزم جواز حده بها فلا يجوز اللعان لان الاشارة لا تعرى عن الشبهة والحد يندرئ
بها بخلاف غيره فانه يثبت معها **قوله** وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال احمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن ابي ليلى وابو ثور
رحمهم الله عنه بقولهما قال مالك وابو حنيفة رضي الله عنه اولا **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد اللعان يجب الخ يعني وقت الوضع اذا وضعته
لاقل من ستة اشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوي عن ابي يوسف انه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعي
بحديث هلال بن امية انه عليه السلام لاعن بينهما وكان قذفها حاملا على ما يفيد القصة التي ذكرناها **قوله** يصير كالمعلق كانه قال ان كان في
بطنك ولد فهو من الزنا ولو قاله لا يلزمه الحد وكذا ما بمعناه فان لم يكن حقيقة المعلق اذ بالولادة تظهر انه كان قذفا منجزا لكن فيه شبهة التعليق
اذ في كل موقوف شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه للعاقبة فهو كالشرط في حقنا وشبهة التعليق كحقيقته فيما يندرئ بالشبهات وثبوت الشبهة

ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي ❁ واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب هذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي

امتنع لعانها حاملا عندنا لان الحمل وان ترتب عليه احكام كرد المبيعة به والارث له والوصية به وله فلا يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفها بنفي الحمل بل بالزنا قال حدث شريك بن سحماء على بطنها يزني بها وقوله عليه السلام انظروا فان جاءت به كذا الخ ما قدمنا فانظره كان اما لعلمه عليه السلام بحملها من طريق الوحي او لان اللعان تأخر حتى ظهر الحمل وكذا انكر احمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قال ابن الجوزي على ان كون لعانهما كان قبل الوضع معارض فقد قدمنا من الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد انه كان بعد وضعها وهو قوله فقال عليه السلام اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها انه وجده عند اهله فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فلا يستدل باحدهما بعينه لان التعارض يوجب التوقف قوله ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه اي على الحمل الا بعد الولادة للاحتمال قبلها اذ يحتمل كونها نفخا او ماء وقد اخبرني بعض اهلي عن بعض خواصها انها ظهر لها حبل واستمر الى تسعة اشهر ولم يشككن فيه حتى هيئت له ثياب المولود ثم اصابها الطلق وجلست الداية تحتها فلم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفي كل عصرة تجد ماء حتى قامت فارغة من غير ولد واما توريثه فالوصية به وله ولا يثبت له الا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل واما العتق فانه يقبل التعليق بالشرط فعتقه معلق معنى واما رد الجارية المبيعة للحمل فلان الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة وفي البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الاصحاب اما عند ابي حنيفة فظاهر واما عندهما فلان الاحكام تثبت للولد لا للحمل وانما يثبت له اسم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بعيب لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ويمتنع اللعان بها لانه من قبيل الحد والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب قوله واذا نفى الرجل الحاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفي الولد وله شرطان متفق ومختلف فالمتفق ان لا يقبل التهنئة او لا يسكت عندها وهذا من المواضع التي اعتبر فيها السكوت رضا وقد اوردناها منظومة في كتاب النكاح الا في رواية عن محمد ولد الامة اذا هنئ به فسكت لا يكون سكوته قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت النسب الا بالدعوة فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس دعوة ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي والمختلف فيه ان يقع النفي في زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولو وقع نفي بعده الا ان لم يقبل تهنئة لا ينتفي الا اذا كان غائبا على ما سنذكر ثم لم يعين لها مقدارا في ظاهر الرواية وذكر ابو الليث عن ابي حنيفة رحمه الله تقديرا بثلاثة ايام وروى الحسن عنه سبعة لانها ايام التهنئة وضعفه السرخسي لان نصب المقادير بالرأي متعذر وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لانها اثر الولادة وكان القياس ان لا يجوز النفي الا على فور الولادة كقول الشافعي الا انا استحسنا جواز تأخيره مدة يقع فيها التأمل لان النفي يحتاج اليه كيلا يقتحم نفي ولده او استلحاق غير ولده وكلاهما حرام قال عليه السلام حين نزلت آية الملاعنة ايما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيمة وفضحه على رؤس الاولين والآخرين رواه ابو داود والنسائي وفي الصحيحين عنه عليه السلام من ادعى ابا في الاسلام غير ابيه وهو يعلم انه غير ابيه فالجنة عليه حرام والاتفاق على ان المدة اذا طالت لا يجوز النفي فجعل القصيرة مدة النفاس لانها اثر الولادة وكذا احكام الولادة ثابتة فيهما من عدم حل الصلوة والصوم والقربان فكانها فور الولادة وقال لا معنى لتعيين مدة اصلا لانها للتأمل والناس مختلفون فيه والاحوال ايضا مختلفة في افادته فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل احسن الله بارك الله جزاك الله رزقك مثله او امن على دعاء المهنئ او سكوته عندنا او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت قد يقال

ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين **قال** واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني يثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن فكذا هذا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج عنينا

اعتبار مضي ذلك الوقت وما قبله بجواز النفي لم يخرج عن التعيين فيبنا فيه قوله لا معنى للتعيين اصلا **قوله** وان كان غائبا ما تقدم كان اذا كان حاضرا فلو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس وعنده قدر مدة قبول التهنئة وعن ابي يوسف ان قدم قبل ان يمضي مدة الفصال فله ان ينفيه الى اربعين يوما وان قدم بعدها فليس له ان ينفيه اصلا لانه لو جاز ذلك لجاز بعد ما صار شيخا وهو قبيح فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه الى تمام الاربعين عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وذكر في غير رواية الاصول عن ابي يوسف رحمه الله اذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه ويلاعن وقال محمد لو نفاه بعد الحولين الى اربعين يوما من حين بلغه يلاعن بينهما ويقطع نسبه **قوله** لانهما توأمان هما اللذان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر **قوله** وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وعلى هذا في اولاد ثلاثة اقر بالاول والثالث ونفى الثاني **قوله** والاقرار بالعفة وهو ما تضمنه الاعتراف بالاول سابق على القذف بنفي الثاني حقيقة فصار كانه قال هي عفيفة ثم قذفها لا يقال ثبوت نسب الاول معتبر باق بعد نفي الثاني فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفي الثاني في ذلك يوجب الحد لانا نقول الحقيقة انقطاعه وثبوته امر حكمي والحد لا يحتاط في اثباته فكان اعتبار الحقيقي هنا متعينا لا الحكمي ثم ادعى من الشارحين من جعل قوله في الكتاب والاقرار بالعفة سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدرا وهو غير مفهوم من اللفظ **فروع** لو نفاهما فمات احدهما او قتل قبل اللعان لزماه لانه لا يمكن نفي الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفي الحي لانه لا يفارقه ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف واللعان ينفك عن نفي الولد لانه مشروع لقطع الفراش وثبوت النفي تبعا له ان امكن ولا يلاعن عند ابي يوسف رحمه الله لان القذف اوجب لعانا يقطع النسب على خلاف ما اوجب ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بيوم لزمه الولدان لان القاطع وهو اللعان لم يوجد في حق الثاني ولا يجوز نفيه الآن لانها غير منكوحة فيثبت نسبه ومن ضرورة ثبوت نسب الاول واللعان ماض لانه لا يقبل الفصل عن انتفائه ولو قال بعد ذلك هما ولداي لا حد عليه لانه صادق لثبوت نسبهما ولا يكون رجوعا لعدم اكذاب نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت عليها لانه للتصريح بالرجوع ولو قال ليسا ابني كانا ابنيه ولا يحد لان القاضي نفى احدهما وذلك نفي للتوأمين فليسا ولديه من وجه فلم يكن قاذفا لها مطلقا بل من وجه وفي النوادر ذكر الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان في امرأة جاءت بثلاثة اولاد فاقر بالاول والثالث ونفى الثاني يلاعن وهم بنوه فلو نفى الاول والثالث واقر بالثاني يحد وهم بنوه وكذا في ولد واحد اذا اقر به فنفاه ثم اقر به يلاعن ويلزمه لان الاقرار بثبوت نسب بعض الحمل اقرار بالكل كمن قال يده او رجله مني ثم اعلم ان ولد الملاعنة اذا قطع نسبه من الاب والحق بالام لا يعمل القطع في جميع الاحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكوة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا يجوز شهادة احدهما للآخر ولا صرف زكوة ماله اليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله وان كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة اخرى لا يجوز للابن ان يتزوج بتلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وان صدقه الولد في ذلك ولا يبقى في حق النفقة والارث كذا في الذخيرة وهو مشكل في ثبوت النسب اذا كان المدعي ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لانه مما يحتاط في اثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الاياس في ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من امه لا ينافيه والله اعلم

باب العنين وغيره لما ذكر احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق عقبها بذكر احكام تتعلق بهما من مرض له نسبة الى النكاح والعنين

أجله الحاكم سنة فإن وصل إليها فبها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولأن الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة فإذا مضت المدة ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما

من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة من عن إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل ومن عن إذا عرض لأن ذكره يعن يمينا وشمالا ولا يقصد لاسترخائه وجمع العنين عنن ويقال عنين بين التعنن ولا يقال بين العنة ولو كان يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الآلة أو لا يصل إلى بعض النساء دون بعض لسحر أو كبر سن فهو عنين بالنسبة إلى من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها وما عن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فإن نقص ذكره وانزوى علم أنه لا عنة به وإلا علم أنه عنين لو اعتبر علم ذكره فلا يؤجل سنة لأن التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ما قالوا إذ لا فائدة فيه إن أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لأنه حكمه وفي المحيط آلته قصيرة لا يمكن إدخالها داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق انتهى ولو كان صغيرا جدا كالزر فحكمه كالمجبوب **قوله** أجله الحاكم سنة أي من وقت الخصومة ولا يعتبر تأجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل بعد ما أجله بنى المولى على التأجيل الأول **قوله** هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود أما الرواية عن عمر فلها طرق فمنها طريق عبد الرزاق ثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في العنين أن يؤجل سنة قال معمر وبلغني أن التأجيل من يوم يخاصم وهكذا أخرجه ابن أبي شيبة ثنا هشيم عن محمد بن سالم عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع إليك الحديث ورواه ابن أبي شيبة بسنده أن عمر أجل العنين سنة من يوم رفع زاد في لفظ وقال إن أتاها وإلا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملا ورواه محمد بن الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال ثنا إسمعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولا فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة وأما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق بسنديهما وحديث ابن مسعود رضي الله عنه رواه ابن أبي شيبة بسنده عنه يؤجل العنين سنة فإن جامع وإلا فرق بينهما ورواه أيضا عبد الرزاق والدارقطني وروى ابن أبي شيبة عن المغيرة بن شعبة أنه أجل العنين سنة وخرج ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم أنهم قالوا يؤجل العنين سنة **قوله** ولا بد من مدة معرفة لذلك أي معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة أو آفة أصلية في أصل الخلقة فقدرناها بالسنة لأنها معرفة لذلك فإنه إن كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها عن غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الأربعة وكل فصل يوافق أحد هذه الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو أردى الفصول والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فإن كان مرضه عن أحد هذه تم علاجه في الفصل المضاد له فيه أو من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين متضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال **قوله** فإذا مضت السنة ولم يصل إليها عرف أن ذلك بآفة أصلية وفيه نظر فإن ظاهره أن موجب التفريق كونه من علة أصلية والسنة ضربت لتعرفه وهو ممنوع إذ لا يلزم من عدم الوصول إليها سنة كون ذلك لآفة أصلية في الخلقة إذ المرض قد يمتد سنة وأيضا ما له حكم العنين المسحور ومقتضى السحر مما قد يمتد سنين وبمضي السنة يفرق بينهما إذا طلبت مع العلم بعدم الآفة الأصلية لفرض العلم بأنه يصل إلى غيرها من النساء فالحق أن التفريق منوط إما بغلبة ظن عدم زواله لزمانه أو للأصلية ومضي السنة مع عدم الوصول يوجب كذلك وهو عدم إيفاء حقها فقط بأي طريق كان والسنة جعلت غاية في الصبر وإبلاء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد السنة أجلني يوما لا يجيبها إلى ذلك إلا برضاها فلو رضيت ثم رجعت

ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى فعل الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وإنما تقع بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها إن كان خلا بها فإن خلوة العنين صحيحة ويجب العدة لما بينا

كان لها ذلك ويبطل الأجل لأن السنة غاية في إبلاء العذر وقال لبيد لابنتيه حين حضرته الوفاة شعر: تمنى ابنتاي أن يعيش أبوهما ... وهل أنا إلا من ربيعة أو مضر ... فقوما وقولا بالذي قد علمتما ... ولا تخمشا وجها ولا تحلقا الشعر ... إلى الحول ثم اسم السلام عليكما ... ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر قوله ولا بد من طلبها هذا إذا كانت حرة غير رتقاء فإن كانت رتقاء فلا حق لها في الفرقة وإن كانت أمة فالطلب عند أبي يوسف رحمه الله لها وعند أبي حنيفة رضي الله عنه لسيدها وهو فرع مسألة الإذن في العزل وقيل محمد مع أبي يوسف وقد مرت ولا يسقط حقها في طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الأجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت لأن ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول لا للرضا بالمقام على ذلك أبدا فلا يبطل حقها بالشك ولو وجدت كبيرة زوجها الصغيرة عنينا ينتظر بلوغه لأن للصبي أثرا في عدم الشهوة قال قاضي خان الغلام الذي بلغ أربع عشرة سنة إذا لم يصل إلى امرأته ويصل إلى غيرها يؤجل ولو وجدت زوجها المجنون عنينا يخاصم عنه وليه ويؤجل سنة لأن الجنون لا يعدم الشهوة بخلاف ما لو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة لأنه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما وإلا نصب القاضي عنه خصما ويفرق للحال ولو جاء الولي في المسألتين ببينة على رضاها بالعنة وجبه أو على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ولو طلب يمينها على ذلك تحلف فإن نكلت لم يفرق وإلا فرق ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل لم يذكره محمد واختلفوا فيه ولو اختلفا في الجب فادعته فأنكر وهو يرى رجلا فإن أمكن علمه بالجس من وراء ثوب لا يكشف عورته وإن لم يتيقن بذلك إلا بكشفها كشفها للضرورة ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة إلى سنتين يثبت نسبه منه ولا يبطل التفريق بخلافه في العنين حيث يثبت نسبه ويبطل التفريق ذكره في الغاية قال في شرح الكنز وفيه نظر لأنه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه ألا يرى أنها لو أقرت بعد التفريق أنه كان قد وصل إليها لا يبطل التفريق انتهى لكن وجه التفرقة يبعد هذا البحث وهو أن للتفريق بناء على ثبوت العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب بخلاف ثبوته من العنين فإن بثبوت النسب منه ثبت أنه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة بخلاف إقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به متناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة ولو كانت زوجة العنين أو المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال أن ترضى إذا بلغت وإذا رضيت قبل التأجيل أو بعده قبل انقضاء السنة أو بعده سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل يخاف مائه ولم يكن لها طلب الفرقة قوله وتلك الفرقة تطليقة بائنة وهو قول مالك والثوري وغيرهما وقال الشافعي وأحمد رضي الله عنه فسخ لأنها من جهتها وقاس الماوردي على الفرقة بالجب قلنا بل من جهته فإنه وجب عليه التسريح بالإحسان حين عجز عن الإمساك بالمعروف فإذا امتنع كان ظالما فناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله إليه والقياس على الجب ممنوع لأن أثر الفرقة بسببه أيضا عندنا طلاق قوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا أي النكاح الصحيح التام النافذ اللازم لأنه النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الإتمام بخلاف ما نحن فيه فرقة بعد التمام فلا يقبله كما لا يقبل الفسخ بالإقالة وقد ذكرنا في رواية أبي حنيفة عن عمر رضي الله عنه أنه جعلها تطليقة بائنة قوله ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لأن خلوة العنين صحيحة إذ لا توقف على حقيقة العنة لجواز أن يمتنع من الوطء اختيارا تعنتا فيدار الحكم على سلامة الآلة ولا يحل ترك دليلها ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لأنها رضيت حيث

هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطيه مرجو واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح

نكحته بعد العلم بالحال ولو تزوجت به اخرى عالمة بحاله ففي الاصل كذلك يكون رضا وعليه الفتوى وقيل لا يكون رضا لجواز تاميلها برءه ودفع بانه احتمال بعيد بعد ان لم يبرأ في اكثر من سنة فالظاهر لزومه وزمانته فتكون بالتزوج به راضية بالعيب **قوله** هذا اى هذا الذي ذكرنا من انها اذا طالبته بالفرقة اجله الحاكم سنة ثم بعده يفرق بينهما اذا اعترف الزوج بعدم الوصول اليها في هذا النكاح وان تصادقا انه وصل اليها في نكاح قبله ثم طلقها لانه اذا وطيها في نكاح ثم ابانها ثم تزوجها ولم يصل اليها لها المطالبة بالفرقة فان اختلفا فادعى الوصول وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر في الكتاب **قوله** وان نكل اجل سنة سواء جعل النكول اقرارا او بذلا لانه اقر بعدم الوصول **قوله** وان كانت بكرا يعني اذا انكر وكانت بكرا وقت النكاح لا تستحلف بل ترى النساء فان قلن هي بكر اجل سنة من غير استحلاف والنكول ليتقن كذبه وقوله فان قلن خرج على ما هو الاولى من انهما امرأتين ثم علمها جمعا والا فالواحدة العدلة تكفي نص على العدالة في كافي الحاكم والثنتان احوط وطريق معرفة انها بكر ان يدفع في فرجها اصغر بيضة للدجاج فان دخلت من غير فتق فهي ثيب والا فبكر او تكسر وتسكب في فرجها فان دخل فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وان قلن ثيب ثبتت الثيوبة ولا يثبت وصوله اليها لان البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها غير ان القول قوله لو قالت زالت البكارة باصبعه ونحوه وصادقت انه وصل اليها فان حلف تقرر النكاح وان نكل اجله سنة ثم فرق ان لم يصل اليها ثم اذا اجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول في السنة فعلى ما اذا اختلفا قبل التأجيل ان كانت بكرا نظرن اليها فان قلن بكر خيرت للحال بين الاقامة والفرقة وان قلن ثيب حلف فان نكل خيرت وان حلف استقر النكاح وان كانت ثيبا في الاصل فاختلفا قبل التأجيل او بعده فالقول له وان حلف استقر النكاح ولو نكل اجل وخيرت بعده وفي موضع تخييرها يعتبر المجلس كتخيير الزوج فان قامت من مجلسها قبل ان تختار نفسها او اقامها اعوان القاضي ولو كرها لزم النكاح لانه كان يمكنها اختيار نفسها قبل ان تقام فاذا اختارت نفسها امره القاضي ان يطلقها فان ابى فرق بينهما كذا ذكره محمد في الاصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا يحتاج الى القضاء كخيار المخيرة **قوله** لانه لا فائدة في التأجيل لانه لا توقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة بخلاف الخصي لان آلته قائمة وانما سلت خصيتاه او وجي الموجي الذي رض خصيتاه قال لي بعض اهل الماشية انه تمرس الخصيتان وهو صغير مرسا شديدا ثم يجبان الى فوق الى ان يرتفعا الى ظهره فلا يعودا ويكون نشيطا كثير الجماع الا انه لا يحبل فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين **قوله** واذا اجل العنين سنة فقال الخ قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل بالاختلاف قبله بعيده **فرع** الخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز فان وصل اليها والا اجل كالعنين ذكره الحاكم وكل من تزوجت واحدا من هؤلاء اعني المجبوب والخصي والعنين وهي عالمة بحاله فلا خيار لها وان لم تكن عالمة به فلها المطالبة بالفرقة **قوله** هو الصحيح صححه ايضا صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الائمة السرخسي وقاضي خان وظهير الدين من اعتبارها شمسية وهي رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه وبا ضربت السنة الا للتوصل الى صلاح الطبع ورفع المانع فيجوز ان يوافق طبعه مدة زيادة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها وجه الاول ان الثابت عن الصحابة كعمر رضي الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا واهل الشرع انما يتعارفون للاشهر والسنين بالاهلة فاذا اطلقوا السنة انصرفت

ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي رحمه الله يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لأنها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الأسد

الى ذلك ما لم يشرحوا الخلاف ثم زيادة الشمسية قيل احد عشر يوما وعن الحلواني الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم والقمرية ثلثمائة واربعة وخمسون كذا رايت في نسخة ورايت في اخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون وربع يوم الا جزءا من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة ايام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب والذي يظهر ان هذا كله محدث وعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليه وكذا قول الراوي عن عمر في المراة التي اتت اليه فاجله حولا من غير تقييد في السنة والحول لم يرد الا ما لا بتة هذا الاصطلاح تعرفه العرب واهل الشرع على ان الحول لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذي توارد عليه العرفان والله سبحانه اعلم **قوله** ويحتسب بايام الحيض اي يحتسب من السنة لوجودها في السنة يقينا وعادة **قوله** ولا تحتسب بمرضه ومرضها هكذا مطلقا وعن ابي يوسف اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع معه الجماع فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر لم يحتسب وعوض عنه لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه بالليل لا النهار وذلك نصفه وكذا النصف من كل شهر وهذا اصح الروايات عن ابي يوسف وفي رواية ان ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به وفي رواية ان مدة اكثره سنة وفي رواية اكثر السنة وعن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه قيل عليه الفتوى فان حج او غاب هو احتسب عليه لان العجز صار بفعله ويمكنه ان يخرجها معه او يؤخر الحج والغيبة ولو كان محرما وقت الخصومة قال محمد يؤجل بعد احرامه فلا يكون عذرا بخلاف ما اذا حجت هي او غابت لا تحتسب عليه لان العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض فان حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجيء الى السجن لم تحتسب عليه فان لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وان لم يكن موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم تحتسب ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة ان كان قادرا على الاعتاق وان كان عاجزا امهله شهرين الكفارة ثم اجله فيتم تاجيله سنة وشهرين ولو ظاهر بعد التاجيل لم يلتفت الى ذلك ولم يزد على المدة **قوله** واذا كان بالزوجة عيب الخ الحاصل انه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كائنا من كان عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وابي زياد وابي قلابة وابن ابي ليلى والاوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري واتباعه وفي المبسوط انه مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهم وعند محمد لا خيار للزوج بعيب في المراة ولها هي الخيار فيه بعيب من الثلاثة الجنون والجذام والبرص قال الشافعي لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة وللزوج الخيار اذا كانت رتقاء او قرناء ايضا فله الخيار في خمسة عيوب ولها فيه في ثلاثة وهو قول مالك واحمد وقال الزهري وشريح وابو ثور ترد بجميع العيوب وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات والفعل من الاول والآخر على البناء للمفعول فيقال جذم وجن اذا اصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون ولا يقال اجذم ولا اجن ولا مجن وثلاثة من اسماء المفعولين من افعل جاءت على مفعول دون مفعل على غير قياس مجنون ومحزون من احزنه الله ومحبوب من احبه الله وجاء على القياس في الثالث في قول عنترة ولقد نزلت فلا تظني غيره مني بمنزلة المحب المكرم

ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله اعلم بالصواب

والفعل من البرص برص فهو ابرص وابرصه الله والرتق الالتحام والرتقاء الملتحمة والقرن في الفرج اما غدة غليظة او عظم يمنع سلوك الذكر للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسان في بعضها وثلاثة اقيسة في بعضها اما النص فما روي انه عليه السلام رد للعيب قال النبي رأى بكشحها وضحا اوبياضا الحقي باهلك فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع انه ينفر منه الطبع وبهذا الوصف وهو كونه منافرا للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس المعلل هو المباعدة والفرارة فانه جنس الفسخ قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد ويجعل الجذام منصوصا عليه في هذا الحديث لان الفرار يثبت بفسخ نكاحه والحديث رواه البخاري تعليقا عن ابي هريرة قال عليه السلام لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم فرارك من الاسد ويقاس النكاح على البيع في انه يفسخ بهذه العيوب بهذا عيوب يفسخ بها البيع فليفسخ بها النكاح وقياسا على المجبوب بجامع المانع الحسي فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما قلنا اما الحديث الاول فلم يصح لانه من رواية جميل بن يزيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ولو سلم جاز ان يكون طلاقا فان لفظ الحقي باهلك من كنايات الطلاق واما الثاني فظاهر غير مراد للاتفاق على اباحة القرب منه وثياب بخدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه واما القياس فتخلف فيه جزء المقتضي او شرطه فان المقتضي للفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة تجري المسامحة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عمله والنكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود وانما شرع اظهارا لخطر المحل ولهذا اختلفت لوازمهما حتى اخبرناه على عبد وفرس غير موصوفين وصح مع عدم رؤية المراة اصلا بخلاف البيع عنده ثم اذا رأى عندنا المبيع يثبت له خيار الرد بلا عيب وفي النكاح لو شرط صفا مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوها ذات شق مائل ولعاب سائل وانف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به وفي البيع يفسخ بدون ذلك ولو هزلا بالبيع لم ينعقد وينعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة مقتضية وعن القياس الثالث بمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز ان يطأ من هي كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غاية ما فيه نفرة طبيعية وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه في ذات الفروج الفاحشة والبخر الزائد ومن ادفع قول محمد ان وجود ذلك فيه يعطل عليها المقصد للوجه الاخير بخلافه هو اذا وجدها كذلك لانه متمكن من ازالة الضرر عن نفسه بالطلاق دون وجه دفعه ودفع قول الزهري ومن معه انتظمه دفع اقيسة الشافعي ومن معه **قوله** ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى ان لا يوجب الفسخ ونظر فيه بان النكاح موقت بحياتهما **قوله** وهذا اي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من وجه على الكمال والمستحق التمكن اي التمكن من الوطي وهو غير ممتنع لما قلنا **قوله** لانهما يخلان بالمقصود فان قيل جعل في المسئلة قبلها استيفاء الوطي من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعل المقصد المشروع له النكاح حتى يتخير في الفسخ بالجب وهذا تدافع اجيب بان الوطي له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصد الذي شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح الرضيعة والآيسة فلو كان المقصد لم يجز نكاح هولاء كما لم يجز استيجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما اذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته

باب العدة

واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها

به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصودية فيما اذا كانت به لانها لا تمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره وعلى ما قررناه لا حاجة الى ذلك بل هو معطل لا يحتمل والله تعالى اعلم

باب العدة لما ترتب العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا اوردها عقيب وجود الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان واحكام العنين وهي في اللغة الاحصاء عددت الشيء عدة احصيته احصاء ويقال ايضا على المعدود وفي الشرع تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول او ما يقوم مقامه من الخلوة والموت وينبغي ان يزاد او شبهته بالجر عطفا على النكاح والتربص الانتظار اي انتظار انقضاء المدة بالتزوج حقيقة ترك لزم شرعا التزوج والزينة في مدة معينة شرعا ولا شك ان سببها النكاح او شبهته وزوال ذلك شرط فالاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط ولم يحس الزوال بالنكاح لشبهته ثم انهم قالوا ان ركنها حرمات تثبت عند الفرقة وعند الشافعي رحمه الله الكف عنها وينبني على ذلك ان العدتين اذا وجبتا من رجلين يتداخلان وتنقضيان بمدة عندنا وعنده لا وعلى هذا ينبغي ان يقال في تعريفها هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات لانها لزومات والا فالتربص فعلها والحرمات احكام الله تعالى فلا تكون نفسه وعلى هذا ما قيل في حكمها انه حرمة نكاحها غيره عليها وحرمة نكاح اختها واربع سواها عليه لا يصح لان الحرمات التي تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات نعم حرمة تزوجه باختها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها ولا شك انه معنى كونه هو ايضا في العدة لان معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج الى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة غير ان اسم العدة اصطلاحا خص تربصها لا تربصه ثم لزم مما ذكر ان لا يقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه **قوله** اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا وليس هو في بعض النسخ ويشمل الطلاق في الخلع واللعان خلافا لمن قال عدة المختلعة حيضة واحدة قيل وهو بناء على انها فسخ والحق انه خلاف ابتداء لما تقدم في باب الخلع من النقول ولا يقال كون الفسخ موثرا في نقصان العدة ولذا وجبت ثلاثة في الفسخ بخيار البلوغ وغيره خلافا لابن عباس في قوله عدة الملاعنة تسعة اشهر وقوله حرة ممن تحيض يعني ممن تحقق حيضها لم يبلغ الاياس سواء كانت تحيض او لا حتى لو بلغت فرات الدم ثلاثة ايام ثم انقطع سنة او اكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض او تدخل الاياس فتعتد بالاشهر بخلاف ما لو لم تر شيئا او رأت اقل من ثلاثة ايام فانها تعتد بالاشهر **قوله** او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق من النكاح الفاسد والوطء بشبهة وقوله فعدتها ثلاثة اقراء مقتضى ما ذكر من ركن العدة كون عدتها مدة في ثلاثة اقراء لان الحرمات تتعلق في مدة الاقراء فكان الاصل ان ينتصب لانه ظرف زمان معرب واقع خبرا عن اسم معنى نحو السفر غدا لكنه اعتبر فيه الاطلاق المجازي اعني اطلاق العدة على نفس المدة ثم لا يخفى ان سبب العدة ماخوذ فيه تأكده بالدخول او ما يقوم مقامه كما ذكرنا وانما تركه المصنف لشهرة ان الطلاق قبل الدخول لا يجب فيه العدة قال الله تعالى اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها **قوله** والفرقة اذا كانت الخ لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السمعي لا يتناول الا الطلاق الحقه بالجامع وهو ان وجوبها في محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق يعني تبادر ولكن

والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رح الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قال ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملاً بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا

من علم بوجوب تركها النكاح الى ان تحيض عند الطلاق بعد الدخول انه لذلك ثم كونها تجب للتعرف لا ينفي ان تجب لغيره ايضا وقد افاد المصنف فيما سياتي انها ايضا تجب لقضاء حق النكاح باظهار الاسف عليه وقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الاقراء وقد ينفرد الثاني كما في صورة الاشهر بخلاف غير المتاكد وهو ما قبل الدخول لا يوسف عليها اذ لا الف ولا مودة فيه **قوله** والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رح الاطهار وقول الشافعي قول مالك ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت رض وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين رض والعبادلة وابي بن كعب ومعاذ بن جبل وابي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري وزاد ابوداود والنسائي معبد الجهني وما ذكرناه انه قول العبادلة بناء على انه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل وممن رواه عنه الطحاوي وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة واسند الطحاوي الى قبيصة بن ذويب انه سمع زيد بن ثابت يقول عدة الامة حيضتان فعارض ما تقدم عن زيد ايضا وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاؤس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسن بن حي والبصري ومقاتل وشريك القاضي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وربيعة والسدي وابو عبيد واسحق واليه رجع احمد وقال محمد بن الحسن في موطاه ثنا عيسى بن ابي عيسى الخياط المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كلهم قال الرجل احق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وهذا الاطلاق منهم انما يصح اذا كانت الحيض لا الاطهار اذا كان طلقها في الحيض فاما الطهر فتحتسب فيه بانقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فعليه تبتني قولهم **قوله** اذ هو من الاضداد استدلال على كونه حقيقة فيهما وهذا على طريقة اهل الاصول والفقه من عدم التجوز باسم الضد في الضد وقد وضع بعض اهل المعقول من معرفات الاشتراك كون المفهومين متضادين اما على طريقة اهل الادب فيجوز بغرض تمليح او تهكم كما تفاءل للجبان اسد او تقاول كالبصير على الاعمى الا انها بمعزل عن افادات الاحكام الشرعية فلم يعتبر فيها واما في خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك وعلى انه لم يعم انما الخلاف في تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة الى الاستدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كما فعل المصنف وهو محل النزاع ولو استدل عليه بتضاد المفهومين كما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان احسن لا يقال استدلاله على انه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك لانا نقول لا يلزم من كون اللفظ حقيقة في متعدد اشتراكه لفظا لجواز التواطئ والتشكيك لا يقال ليس محل النزاع كما ذكرت للتضاد لانا نقول انما وافق من جعل تعميم المشترك علة بمنع تعميمه انه لا يمكن الجمع وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز ان يراد كل من الحيض والطهر فتنقضي بمضي ثلاثة اطهار وثلث حيض تمامها تمتنع اذا اريد تحقيقها في زمن احدهما **قوله** والحمل على الحيض اولى ادعى الحنفية في محل الخلاف واقتصر على دليل نقله كانه لعدم دليل معتمد لهم وذلك ان قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذي يجمع على قروء وبمعنى الحيض فانما يجمع على اقراء دعوى لا دليل عليها وكونه وقع في شعر الاعشى كذلك حيث قال ؎ افي كل عام انت جاشم غزوة تشد لاقصاها عزيم عزائكا ❊ مورثة مالا وفي الحي رفعة ❊ لما ضاع فيها من قروء نسائكا ❊ اي من اطهارهن للشغل بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه وكذا الاستشهاد بقوله صلى الله عليه وسلم دعي الصلوة ايام اقرائك لا يوجبه فقد روى ابوداود والنسائي قوله عليه السلام لفاطمة بنت ابي حبيش فانظري فاذا اتاك قرؤك فلا تصلي فاذا مر قرؤك فتطهري وصلي وقال الراجز ؎ يا رب ذي ضغن وضب

يقال

الحقيقة

او لانه معرّف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به

فانه ضرب قرء كقرء الحائض يريد حيض الحائض فان المعنى ان عداوته تجمع فتهيج كعدم الحائض على انه قد قيل في بيت الاعشى ان المراد نفس الزمان اي زمان الطهر فان القرء يقال للزمان لغة كثيرا واستدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ان شاء فتلك العدة التي امر الله ان يطلق بها النساء يعني بالامر قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لا يصح لانه بناء على ان اللام فيه بمعنى في وهو غير معهود في الاستعمال ويستلزم تقدم العدة على الطلاق او مقارنته له لاقتضائه وقوعه في وقت العدة وقراءة لقبل عدتهن في صحيح مسلم تنفيه اذ افادت ان اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من العربية يقال في التاريخ باجماع العربية خرج لثلث بقين ونحوه ويؤيده ما قال الطحاوي ان النبي صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر بذلك ومذهب ابن عمر ان الاقراء الحيض فلم يفهم انها الاطهار وهذا على ما بيناه عنه في خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه آنفا وتمسكهم بتأنيث العدد في قوله تعالى ثلاثة قروء وهو يقتضي تذكير المعدود والطهر هو المذكر لا الحيض فلو اريد الحيض لقيل ثلث قروء ليس بشيء لان الشيء اذا كان له اسمان مذكر كالبر والحنطة ولا تأنيث حقيقي يؤنث عدده اذا اضيف الى اللفظ المذكر ويذكر اذا اضيف الى المؤنث وفي العربية اذا كان المعدود مؤنثا واللفظ مذكرا او بالعكس فوجهان وما نحن فيه كذلك فان للدم اسمين مذكرا وهو القرء ومؤنث وهو الحيضة فحين اضيف الى المذكر انث وكذا على الاصل الآخر فان الدم مذكر والقرء مذكر فيؤنث عدده ثم ذكر المص في الترجيح ثلاثة اوجه الاول قوله على ان لفظ الجمع الى العدد فانه ينقطع جمع معنى لا صيغة او يريد الجمع الصيغي المقرون بالعدد وتنصيصا على المراد بكمية اعني لفظ قروء المقيدة بثلاثة فانه منقطع عنه احتمالا ان يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات المجموع فكيف بالكمية التي ليست حقيقة الجمع وهي اللازمة من حمله على الاطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث اذا وقع في الطهر والا لزم احداث قول ثالث اذ كل من قال انه الطهر قال يحتسب بالطهر الذي وقع فيه وهو نقص على التقدير القطعي الدلالة والثبوت بخلاف ما اذا حمل على الحيض فانه اذا وقع الطلاق في الحيض لا يحتسب بتلك الحيضة فتكمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز اذ لا يمكن التوصل الى حقيقة اقامة الواجب الا بها بخلاف طهرين وبعض الثالث فانه لم يتحقق فيه حقيقته اصلا لا يقال قد اريد بالعدد غير كميته المفادة به في قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة لانا نقول لم يرد بالعدد عدد آخر مباين له بل مجرد التكثير واين هذا من ان يراد بسبعين مثلا ثمانون او مائة الثاني قوله ولانه اي الحيض هو المعرف بالذات لبراءة الرحم بخلاف الطهر لانه وان دل فبواسطة الحيض الذي يستلزمه لانه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل اذ لو انسد به لم تحض عادة وكذا نص عليه السلام على ان مفيد البراءة الحيض حيث قال في السبايا حتى يستبرئن بحيضة ولم يقل بطهر الثالث قوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان تقدم في كتاب الطلاق تخريجه واسند الشافعي ثنا سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى ابي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر قال ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الامة حيضتين فان لم تكن تحيض فشهرين او شهرا ونصفا وكذا رواه الدارقطني والاجماع على انها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل في الكمية فيلحق قوله تعالى ثلاثة قروء للاجمال الكائن بالاشتراك بيانا له ومن الادلة الظاهرة فيه قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله فعدتهن ثلاثة اشهر اذ لا شك في ان الاعتداد بالاقراء اصل والاشهر خلف عنه انما يصار اليه عند عدمها فلما علق سبحانه تعالى المصير اليه بعدم الحيض دل على

وان كانت ممن لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية

هو المراد بالاقراء في الآية وكونه بعدم الطهر لعدم الحيض فالتعليق بعدم الحيض انما هو لعدم الطهر احتمال ليقابل الطهور اذ الطاهر تعليق المصير الى الحلف بعدم ضين ما شرع اصلا الا بعدم شيء آخر يستلزمه فكان الاصل ان يقال واللائي يئسن من القرء فلما لم يعني قال تعالى بلفظ الحيض مكانه هو مشترك علم انه لافادة انه هو فرع تنقضي عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطي المحرم بان وطيها وهي معتدة عالما بحرمتها لا يجب بالوطء الشبهة او كان منكرا طلاقها فانها تستقبل العدة واذا كان منكرا يستحق لم تنقض العدة وليس لها ان تطالبه بنفقة هذه العدة ولو طلقها في هذه العدة لا يقع ويحل نكاح اختها **قوله** وان كانت لا تحيض لصغر بان لم تبلغ بسن الحيض على الخلاف فيه واقله تسع على المختار او كبر بان بلغت سن الاياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر ذكر ان بعضهم لما نزلت آية الاقراء قالوا قد علمنا عدة التي تحيض فالتي لا تحيض الآية ما عدتها فانزل الله تعالى هذه الآية والمعنى ان ارتبتم في عدة التي لم تحض فلم تعلموها فانها ثلاثة اشهر وقيل ان ارتبتم في الدم الذي تراه وهن بلغت سن الاياس هو حيض او فساد فعدتهن ثلاثة اشهر ثم قال المص وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية يعني قوله تعالى واللائي لم يحضن يعني التي لم تبلغ بالحيض بل بالسن بان بلغت خمسة عشر سنة على قولهما وسبعة عشر سنة على قول ابي حنيفة ومالك رح ولم تحض اذا طلقت تعتد بالاشهر ايضا ثم ان وقع الطلاق في اول الشهر اعتدت بالاشهر الهلالية اتفاقا وان وقع في اثناء الشهر اعتبر كلها بالايام فلا تنقضي الا بتسعين يوما عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول ثلاثين من الشهر الاخير والشهران المتوسطان في الاهلة والله اعلم ثم لا يخفى ما في كلام المص من عدم التحرير فانه جمع بين التي لا تحيض لصغر او كبر في الاعتداد بثلاثة اشهر واستدل على ذلك بقوله واللائي يئسن الآية ثم خص التي بلغت بالسن ولم تحض بآخرها حيث قال وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية ولا يخفى ان آخرها اعني قوله تعالى واللائي لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة اشهر في التي لم تحض لصغر كما انه هو المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن والحاصل ان من كان لم تر دما اصليا فعدتها بالاشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض وان استمرت لا تحيض الى ثلثين سنة فعدتها ثلاثة اشهر وهي مراهقة او لم تبلغ الى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه انه تسع او سبع والاول اصح وعن الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل انها اذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطي ام لا فان ظهر حبلها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالاشهر وينبغي على هذا ان تحتسب بالاشهر التي وقفت ليظهر حبلها اذا لم يظهر فانه ظهر بعدم الحبل ان تلك الاشهر كانت هي العدة وغاية الامر انها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراهقة في اثناء الاشهر الثلاثة استانفت العدة بالحيض هذا وممن ذكر انه تعتد بالاشهر المستحاضة التي نسيت عادتها وهو مما يعن فيقال مطلقة شابة ترى بالصلاح حيضا من كل شهر وعدتها الاشهر لكن في التحقيق ليس عدتها الا بالحيض لكن لما نسيت عادتها جاز كونها اول كل شهر او آخره فاذا قدرت بثلاثة اشهر انها حاضت ثلاث حيض بيقين بخلاف التي لم تنس فانها ترد الى ايام عادتها فجاز كون عادتها اول الشهر فتخرج من العدة في خمسة او ستة من الثالث واعلم ان اطلاقهم الانقضاء بثلاثة اشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح الا فيما اذا طلقها اول الشهر اما لو طلقها بعدما مضى من الشهر قدر ما يصح حيضة ينبغي ان يعتبر بثلاثة اشهر غير باقي هذا الشهر والوجه ظاهر ويجب في التي بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي نسيت عادتها ثلثة اشهر ثم اكثر المشائخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لانها غير مخاطبة بل يقولون تعتد

وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وإن كانت أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان ولأن الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين وإليه أشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لأنه متجزئ فأمكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وعدة الأمة شهران وخمسة أيام لأن الرق منصف

وفي المبسوط قال بعض علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب أن لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع أن العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي إلى توجيه خطاب الشرع عليها ولا يخفى أن القائل الأول قوله مبني على أن ركنها الحرمات أو التربص الواجب فإن قلت فعلى تقدير كونها مضي المدة أليس أن فيها تجب أن لا تتزوج فلا بد من تعلق خطاب نهي التزوج بالولي فجعلها المدة كما قال شمس الأئمة لا يستلزم انتفاء قول الأول يخاطب الولي بأن لا يزوجها فالجواب الملتزم فإنا إذا قلنا إنها المدة فالثابت فيها عدم صحة التزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لو فعل **قوله** وإن كانت حاملا يعني المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وإن كانت أمة أو المطلق ذميا ولا يحل الثابت النسب وغيره فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول بها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف بالحيض في رواية عنه كما في مسئلة الصغير وفي المنتقى إذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الرأس سوى الرأس انقضت العدة والبدن من المنكبين إلى الأليتين وفي الخلاصة كل من حبلت في عدتها فعدتها أن تضع حملها والمتوفى عنها إذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور **قوله** وإن كانت أي المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان لأن الرق منصف وقد تقدم توجيهه في فصل المحرمات وغيره والحيضة لا تتجزى فكملت وثبوت الزيادة ضرورة التكميل واجب لأن فيه تحقيق الواجب على تقدم انعقاده قوله أشار إليه عمر أي إلى أن تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت الخ أخرج عبد الرزاق ثنا ابن جريج عن عمرو بن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفي يقول أخبرني رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول لو استطعت أن أجعلها حيضة ونصفا لفعلت فقال له رجل لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر ورواه الشافعي في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه ثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار ثنا في سند عبد الرزاق ويشبه أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات إلى قوله لأنه كان تكلم في ذات الأقراء والعدة بالأشهر لا تكون إلا لمن ليس منها فمشورة الرجل في غير محل الحكم المذكور وأما إذا كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها شهر ونصف لأنه متجزئ فأمكن تنصيفه والمدبرة والمكاتبة وأم الولد في الطلاق والفسخ كالأمة **قوله** وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام سواء كانت مدخولا بها أو لا مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو آيسة وزوجها حر أو عبد حاضت في هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حبلها وعن بعض السلف عدتها عزيمة عام ورخصة الأربعة الأشهر والعشرة الأيام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا الآية والجمهور على نسخها بآية الأشهر أعني ما كان من وجوب الإيصاء والإنفاق إلى الحول وقال الأوزاعي أربعة أشهر وعشر ليال فلو تزوجت في اليوم العاشر جاز ثم ايقان من تذكير العدد أعني العشر في الكتاب والسنة وهو قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا فيجب كون المعدود الليالي وإلا لأنث قلت الاستعمال في مثله من ذكر عدد الليالي يدخل ما بإزائها من الأيام على ما عرف في التاريخ حيث يكتب بالليالي فيقال لسبع خلون مثلا ويراد بعدد الأيام كذلك وإن كانت أمة فشهران وخمسة أيام على وزان ما تقدم ثم ابتداء المدة من الموت وعن علي رضي الله عنه من وقت علمها حتى لو مات في سفر فلم يبلغها حتى مضت أربعة أشهر وعشر انقضت عدتها بذلك عند الجمهور وعنده رضي الله عنه لا تنقضي حتى تمر عليها من حين علمت لأن عليها الإحداد ولا يمكنها إقامته إلا بالعلم قلنا مقتضاه أن يكون كالحاج ولم تحد حتى مضت المدة تخرج اتفاقا من العدة على أن المقصود الأصلي منها عدم التزوج وقد وجد ومعنى العبادة تابع لما سنذكر وجوبها

وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رض من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر رض لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح ثلث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا او ثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفات بالاجماع

على الكتابية تحت المسلم يؤيده **قوله** وان كانت اي المتوفى عنها حاملا فعدتها ان تضع حرة او امة كالمطلقة والمتاركة في النكاح الفاسد والوطي بشبهة اذا كانت حاملا كذلك لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وكان علي رض يقول لابد من الوضع والاربعة اشهر وعشر وهو قول ابن عباس لان هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا يوجبها عليها فيجمع احتياطا وفي موطا مالك عن سليمان بن يسار ان عبد الله بن عباس وابا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفوا في المرأة تنفس بعد زوجها بليال فقال ابو سلمة اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت فقال ابن عباس آخر الاجلين فقال ابو هريرة انا مع ابن اخي يعني ابا سلمة فارسلوا كريبا مولى ابن عباس رض الى ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسالها عن ذلك فاخبرهم انها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال قد حلت فانكحي من شئت وفي الترمذي انها وضعت بعد وفاته بثلث وعشرين او خمسة وعشرين يوما واخرج البخاري عن ابن مسعود قال اتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة من شاء باهلته لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى يريد بالقصرى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء والطولى البقرة والمباهلة الملاعنة كانوا اذا اختلفوا في شيء اجتمعوا فقالوا بهلة الله على الظالم منا قيل هي مشروعة في زماننا وقد ورد بلفظ الملاعنة اخرجه ابو داؤد والنسائي وابن ماجة بلفظ من شاء لاعنته لنزلت سورة النساء القصرى بعد الاربعة اشهر وعشر واخرجه البزار بلفظ من شاء حالفته واسند عبد الله بن احمد بن حنبل في مسند ابيه عن ابي بن كعب قلت للنبي صلى الله عليه وسلم واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن المطلقة ثلاثا او المتوفى عنها زوجها فقال هي المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها وفيه المثنى بن صباح وهو متروك وقول عمر رواه في الموطا عن نافع عن ابن عمر انه سئل عن المرأة التي يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال اذا وضعت حملها فقد حلت فاخبره رجل من الانصار ان عمر قال لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت وفيه رجل مجهول وفي الصحيحين من حديث عمر بن عبد الله بن الارقم انه دخل على سبيعة بنت الحارث الاسلمية فسالها عن حديثها فاخبرته انها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بني عامر بن لوي وكان ممن شهد بدرا فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب ان وضعت حملها فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها ابو السنابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار فقال لها ما لي اراك متجملة لعلك ترجين النكاح والله ما انت بناكحة حتى تمر عليك اربعة اشهر وعشر قالت فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين امسيت فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسالته عن ذلك فافتاني اني قد حللت حين وضعت حملي وامرني بالتزوج ان بدا لي وكلما كان للاعتداد بالوضع لا تنقضي العدة الا بوضع الكل فلو وضعت ولدا وفي بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها افتاني اني قد حللت حين وضعت يرد قول من قال من السلف لا تحل حتى تنقضي مدة نفاسها كانهم اخذوه من قوله فلما تعلت من نفاسها قال لها انكحي من شئت رتب الاحلال على التعلي فيتراءى توقفه على الطهر فيتقيد به لكن ما ذكرنا صريح في ثبوت الحل بالوضع ولو تزوجت بعد الاشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من المدة ظهر فساد النكاح ولحق الميت **قوله** واذا ورثت المطلقة في المرض متعلق بالمطلقة اي ورثت التي طلقت في المرض بان طلقها بغير رضاها بحيث صار فارا ومات وهي في العدة فعدتها ابعد الاجلين اي الابعد من اربعة اشهر وعشر وثلث حيض فلو تربصت حتى مضت ثلث حيض ولم تستكمل اربعة اشهر وعشرا لم تنقض عدتها حتى تستكملها وان مضت اربعة اشهر وعشر ولم تحض لها ثلث حيض بان امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تمضي وان مكثت سنين ما لم تدخل سن الاياس

تم

لابي يوسف رح ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمتها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح في الوفاة الا انه بقي
في حق الارث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا
فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الى وقت
الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام
النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة او الموت

فتعتد بالاشهر اذا عرفت هذا فمن فسر ابعد الاجلين بانها تعتد باربعة اشهر وعشر فيها ثلاث حيض يقصر اذ لا يصدق الا اذا كانت الاربعة
اشهر وعشر ابعد من الثلاث حيض وحقيقة الحال انه لا بد ان تتربص ابعد الاجلين وهذا الحكم ثابت في صور احدها هذه والثانية اذا قال الزوج
لزوجاته احداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بابعد الاجلين ولو بين في احدهما كان ابتداء العدة من وقت
البيان والثالثة ام الولد اذا مات زوجها وسيدها ولم يدر ايهما مات اولا وعلم ان بينهما شهرين وخمسة ايام فصاعدا وسنفصلها ان شاء
الله تعالى ثم المراد بذلك الطلاق البائن واحدة او ثلثا اما اذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه او في صحة ولو خلت
في عدة الطلاق ثم مات الزوج فانها تنتقل عدتها الى عدة الوفاة وترث بخلاف ما اذا طلقها بائنا في صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث
بالاتفاق قوله لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمها ثلث حيض كاملة وانما يلزم عدة الوفاة اذا انقطع بالموت
وليس كذلك وانما بقي في حق الارث لاجماع الصحابة رد القصد ولا يستلزم هذا الحكم بقاءه في حق العدة فلا تتغير به العدة بخلاف الرجعي
لان النكاح قائم من كل وجه وانما انقطع بالموت فيجب عدة الوفاة فيه قوله فيجمع بينهما اي بين عدة الطلاق والوفاة وذلك لانه
انقطع بالطلاق حقيقة وبالموت حكما اما الاول فيفرض المسئلة انه ابانها قبل الموت وباعتباره تجب عدة الطلاق واما الثاني فلاعتبار
قيام النكاح عند الموت فان توريثها يستلزم ذلك ولازمه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة
الوفاة فتجب عدة الوفاة لكن يقتضي قول ابي يوسف ان اعتباره قائما لرد قصده عدم توريثها عليه لا يستلزم ان يبقى في حق العدة وجوابه ان الارث
لا يثبت بالشك والعدة تثبت به فاذا بقي النكاح شرعا في حق الارث فلان يبقى في حق العدة اولى مع ان الاصل ان الشيء
انما يثبت بلازمه وهذا هو معنى قول المص احتياطا قوله ولو قتل على ردته الخ جواب عن مقيس عليه مقدر لابي يوسف وهو انه لو ارتد
زوج المسلمة فمات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لان زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذا
بعد زواله بالطلاق بالموت فلا تجب عدة الموت فاجاب بمنع حكم الاصل اولا فقال لا نسلم انه لا يلزمها عدة الوفاة بل يلزمها اليه اشار
الكرخي وما ذكرت مذهبك فهو على الخلاف فيلزمها الجمع بين العدة والحيض فلا يصح به الالزام ولئن سلمنا ان لزوم الحيض اتفاقي
فالفرق ان توريثها وهو الحكم الثابت يفيد انه لم يعتبر النكاح شرعا قائما الى الموت لانه لو اعتبر كذلك لم ترث اذ لا ترث المسلم الكافر
فلزم العلم باعتبار اسناد الارث الى وقت حدوث الردة اعتبار الردة موتا حكما وقد تحقق هذا الموت وهي مسلمة غير انه زال به
اسلامه وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة قوله واذا اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت
عدتها الى عدة الحرائر فتكمل ثلث حيض لقيام النكاح من كل وجه اي بعد الطلاق الرجعي فلما اعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل
ملك الزوج عليها والعدة في الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلث حيض كذا في الكافي ووقع في شرح الكنز بلفظ الطلاق
مكان لفظ العدة فقال والطلاق في الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ولا يخفى ان الطلاق لم يحدث في الملك الكامل بل طرأ كمال الملك
بعده بالعتق اللهم الا ان يجعل لبقائه الحكمي حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت اجماعية لكن هي خلافية وبقولنا قال الشافعي رح في الاظهر واحمد
واسحاق والحسن والشعبي والنخعي والضحاك وقال مالك وابو ثور لا تكمل عدتها في الرجعي والبائن وعن الزهري وعطاء وقتادة تكمل فلا [illegible]

وان كانت آئسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستانف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها

اعتبارا لبانة كالبعد انه وفيه قول مالك ان بمجرد الطلاق لم تثبت عدة الاماء وشرطها وهو وروده الطلاق على امة عقيب نكاح متاكد فلو
وجبت عدة الحرائر كان اعمالا لخلاف مقتضى السبب بخلاف الجواب بمنع تاثير سبب العدة في كمية مخصوصة فالنكاح سبب العدة
عند الطلاق فقط لا يفيد كمية فانه اذ لا يعقل تاثير النكاح في خصوص كمية بل في مطلق التربص تعرفا وتاسفا والتقدير بالكمية لحكمة اخرى [illegible]
بعدة النكاح الفاسد فرع سلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صوروا الانتقال الى جميع كميات العدة البسيطة وهي اربعة صورتها
امة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر ونصف فلو حاضت في اثنائها انتقلت الى حيضتين فلو اعتقت قبل مضيهما صارت ثلث حيض
فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت الى اربعة اشهر وعشر **قوله** وان كانت آئسة فاعتدت بالشهور يمكن كون كان تامة يعني اذا وجدت
امرأة آئسة فاعتدت بالشهور **قوله** ثم رأت الدم بعد انقضاء الاشهر او في خلالها انتقض ما مضى من عدتها وظهر فساد نكاحها الكائن
في تلك العدة حتى لو كانت حبلت من الزوج الآخر انقضت عدتها وفسد نكاحها بشرطه ويندرج في اطلاق الانتقاض وهو لازم المتعلق
الذي ذكره في الكتاب بقوله لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وعلله بان شرط الخلفية اي الخلفية الاعتداد بالاشهر
عند الحيض تحقق الاياس بالنص وهو قوله تعالى اللائي يئسن من المحيض الآية والاياس لا يتحقق الا باستدامة العجز الى الممات كالقدرة
في حق الشيخ الفاني فتعاد اذا ظهر الدم ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة الا ان هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا وليس
هو بلازم مع وجوده لجواز كونه دما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لانه ح ظاهر في انه ذلك المعتاد وعوده لعاد
يبطل الاياس ثم فسر بعضهم هذا بان تراه سائلا كثيرا احترازا عما اذا رأت بلة يسيرة ونحوها وقيده ايضا بان يكون احمر او اسود فلو
اصفر او اخضر او تربية لا يكون حيضا ومنهم من لم يتعرف فيه فقال معناه اذا رأته على العادة الجارية وهو يفيد انها اذا كانت عادتها
قبل الاياس صفرة رأته كذلك كان حيضا مظهرا عدم انقضاء العدة بالاشهر تحتم اطلاق المص انتقاض العدة والاستئناف فاقتضى ثبوت
ذلك سواء قلنا بتقدير الاياس بمدة اولا وذكر في المحيط ان في ذلك روايتين في رواية لا تقدير فيه واياسها على هذه ان تبلغ
من السن ما لا تحيض فيه مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد ذلك دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل
الاعتداد بتلك الاشهر ويظهر فساد النكاح ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال وفي
رواية يقدر بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن وعليه اكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى وعن محمد انه قدره في الروميات بخمس
وخمسين سنة وفي غيرهن بستين وعنه بسبعين وبه قال الصفار وقال ابو الليث لو حاضت ثم انقطع عنها الدم تصير ستين سنة ولو كانت
عادة امها واخواتها انقطاعه قبل ستين تاخذ بعادتهن وبعد ستين لا تاخذ بعادتهن قال لا اقطع فاذا رأت الدم بعد ذلك فما لا يكون حيضا كالدم التي تراه
الصغيرة التي لا تحيض مثلها وهذه العبارة تفيد انه لا يحتاج الى حكم القاضي بالاياس وكذا العبارة القائلة اذا بلغت المقدر ينبغي
انقطع حيضها حكم باياسها فان رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا انما تقتضي انه عند بلوغ المقدر مع عدم الانقطاع يحكم به شرعا وقيل كونه
حيضا يبطل به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين واذا استمر الدم بالاجتهاد والدم حيض بالنص
[illegible] لا يبطل به النص بما ثبت بالاجتهاد ومثل كذا نقل بعضهم فهو يفيد كون الخلاف انما هو على رواية التقدير واما على رواية

يبطل الاعتداد بالاشهر لتبين انها لم تكن آيسة ولم يكن خلفا عنه لان شرط الخلفية تحقق الياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني

... فلا خلاف في الانتقاض وفي الغاية معزيا الى الاسبيجابي على رواية عدم التقدير ولو اعتدت بالاشهر
ثم رأت الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار وعندنا تثبت اختلاف المشايخ على الروايتين في بعض العبارات تقييد عدم الانتقاض بما اذا حكم القاضي باياسها
بعدم حكمه ففي الخلاصة نقل من نوادر الصلوة عن محمد في العجوز الكبيرة اذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض ثم نقل قول ابن مقاتل انها
محمولة على ما اذا لم يحكم باياسها اما اذا انقطع وحكم باياسها وهي ابنة سبعين سنة ونحوه فرأت لا يكون حيضا وقال بعده بخطوط وطريق
القضاء ان يدعي احد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضي القاضي بجوازه بانقضاء العدة بالاشهر فثمال وكان
الصدر الشهيد يفتي بانها لو رأت بعد ذلك لا يكون حيضا وهو يفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل تمام الاشهر وان كانت
رأته بعد تمام الاعتداد بالاشهر لا تبطل الانكحة وقضى القاضي بجواز ذلك او لم يقض ثم ذكر الخلاف صريحا مبنيا على ما قلناه ففي
مجموع النوازل الآيسة اذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ الا اذا قضى القاضي بجواز النكاح
ثم رأت الدم لا يكون النكاح فاسدا ثم قال والاصح ان النكاح جائز ولا يشترط القضاء وفي المستقبل تعتد بالحيض انتهى فتحصل
في المسئلة اقوال على التقدير وعدمه وهي تنتقض اذا رأته قبل انقضاء الاشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قد ام قبل مدة الاياس
او لا حكم بالاياس اولا وهو ظاهر مختار المص من التصوير والتعليل لا تنتقض مطلقا تنتقض كذلك اذا رأته قبل تمام الاشهر وان كان بعدها
فلا يبطل فلا تنتقض الانكحة وقضى بالاياس اولا وهو قول الشهيد تنتقض ان لم يكن قضى اياسها كما قلنا لا تنتقض ان كان حكم باياسها وهو
ان يدعي فساد النكاح فيقضي بصحته وبانقضاء العدة وتنتقض ان لم يكن حكم بالاياس والقول المصحح في النوازل تنتقض في المستقبل
فلا تعتد الا بالحيض لا الماضي فلا تفسد الانكحة المباشرة عن الاعتداد بالاشهر واذا عرفت هذا فقول المص هو الصحيح احتراز عن كل قول يخالف
اطلاق الانتقاض مطلقا كان او مفصلا مبني على اختياره على اشتراط تحقق الاياس لخلفية الاشهر بالنص وان تحقق الياس لا يكون الا باستدامة الانقطاع الى الممات لا شك
في الاول لكن كون تحققه موقوفا على استدامة الانقطاع لا اعلم فيه دليلا سوى ما يتوهم من لفظ الياس اذ يقتضي ذلك ولا شك
ان الياس من مقولة الادراك فانه ليس لاعتقاد ان الشيء لا يقع ابدا اما انه يستدعي كون ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود
خلاف متعلقه فلا وكذا قد يتحقق الياس من الشيء ثم يوجد وكثيرا ما يقال في الوقائع كنت آيسة من كذا ثم وجد فتأمل غاية ما
سبيله ذكره بان ينعدم الحيض فيما بعد وينتفي مخائل وجوده في باقي العمر لكبر السن كاف فيه وعلى هذا اذا رأته بعد الاياس
لا ينتقض ما مضى ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتدادها بالاشهر لوقوعه معتبر الوجود بشرطه ويبقى النظر بعد ذلك في انه هل ينتقض فيما
يستقبل فلا تعتد الا بالحيض فيكون هذا ما صحح في مجموع النوازل او لا ينتقض فيما يستقبل ايضا كقول الصفار وغيره وهو مبني على
النظر فيما تراه في هذا المرئي بعد الاياس هو حيض ام دم فاسد ولا تعلق له بالقضاء بالاياس وعدمه اذ القضاء لا يرفع وجود المحسوسات
في المستقبل والوجه يقتضي الخلاف في المستقبل فلا ينتقض ما مضى لوجود الشرط وهو الاياس لوجود سببه وهو الانقطاع في
سنه وهو الذي يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الخمس والخمسون وعدم مخائل كونه امتدادا للطهر ولا يجري في المستقبل الا بتحقق
الدم المعتاد خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد وقد علمت ان الاياس لا ينافيه فاذا تحقق الياس تحقق حكمه

ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لأنها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض

وإذا تحقق الأيس تحقق حكمه والله سبحانه أعلم وأما كون العجز المستدام شرطا في الشيخ الفاني فلا يستلزم مثله في الإياس إذ لا ملازمة بينهما تثبت شرعا والمسألة نصية لا قياسية نص يقال على تعليق الاعتداد بالأشهر عند الإياس فقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الإياس فثبت الاعتداد بالأقراء بالنص **قوله** ولو حاضت حيضتين ثم أيست بأن بلغت سن الإياس عند الحيضتين وانقطع أو انقطع عندهما في سن لم تحض فيه أمها وأخواتها على ما ذكر الفقيه وقوله تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور أنها تستأنف العدة بالشهور وأورد عليه أن المتوضئ إذا سبقه الحدث في الصلوة ولا ماء يتيمم ويبني وكذا لو صلى أول صلوته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالإيماء وهما بدلان أجيب بالمنع فليس الصلوة بالتيمم بدلا عنها بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء والجمع أن يجمع بين التراب والماء في رفع حدث واحد وليست هنا كذلك بل رفع الحدث الأول بالماء ورفع الثاني بالتراب ولا الإيماء خلف على الأركان لأنه موجود فيها وزيادة ولكن يسقط عن بعض ما لا يقدر عليه لعذر ويبقى البعض على حاله وبعض الشيء لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه فإنما تكون الخليفة بشيء آخر **قوله** والمنكوحة نكاحا فاسدا وهي المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثاني بأنها متزوجة فإن كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطئها لأنه زنى وإذا زنى بامرأة حل لزوجها وطئها وبه يفتى كذا في الذخيرة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبي حنيفة رح خلافا لهما والموطوءة بشبهة كالتي زفت إلى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه إذا ادعى الاشتباه **قوله** عدتها الحيض في الفرقة الكائنة بتفريق القاضي أو عزم الواطئ على ترك وطئها والموت أي موت الواطئ وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ومطلق اسم الزوج إنما يقع على المتزوج بنكاح صحيح والعدة في حقها للتعريف لا لإظهار خطر النكاح بإظهار التأسف على زواله غير أن الفاسد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجه الذي هو ثابت في الصحيح ولذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما في الاستبراء وإنما وجبت في النكاح الصحيح ثلاثا لأن المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لأنه مجتهد فيه وخرج الدم استحاضة فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به أو استحاضة معه عندنا غاية الأمر أنه مخالف للعادة بخلاف ما إذا تكرر في الأشهر فإنه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا بالحيض أو الاستحاضة مع الحمل بالنسبة إلى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة بخلاف الاستبراء فإن التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فإنه لم يتمحض له إلا يرى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك أن فيه شائبة التعبد **قوله** وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض فإن لم تحض فثلاثة أشهر يعني إذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا في عدته فإن كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل في الأول وفي الثاني والثالث لا تجب عليها عدة المولى لعدم ظهور فراش المولى ولو مات زوجها ومولاها ولا يدري أيهما أول فإما أن يعلم أن بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام كائنا ما كان ذلك من يوم إلى شهرين وأربعة أيام أو يعلم أنه شهران وخمسة أيام فيما عدا أو لا يعلم كم بينهما ففي الأول تعتد بأربعة أشهر وعشرة لأنه إن كان موت المولى أولا فلا عدة منه لأنها ذات بعل ثم موت الزوج بعده وهي حرة موجب لأربعة أشهر وعشر وإن كان موت الزوج أولا لزمها شهران وخمسة أيام ثم

وقال الشافعي بحيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح

موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لانها معتدة ولا التغيير بالانها تختص بفرقة الرجعي فتيقنا بعدم وجوب العدة من جهة المولى ودارت في الزوج بين كونها اربعة اشهر وعشرا وشهرين وخمسة ايام فوجب الاحتياط فلزمها اربعة اشهر وعشر وفي الثاني تجب ان تعتد بابعد الاجلين يعني تجمع بين اربعة اشهر وعشر وثلث حيض لان السيد ان كان مات اولا ثم مات الزوج فعليها اربعة اشهر وعشر لما قلنا وان كان الزوج مات اولا فعدتها شهران وخمسة ايام ثم بموت السيد بعدها يوجب عليها عدة ثلث حيض لانها بعد انقضاء عدة الزوج فعلى تقدير عدتها اربعة اشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة ايام وثلاث حيض فلما لم نعلم الواقع كان الاحتياط ان تأتي باكثر ما يلزمها وفي الثالث كذلك عندهما لاحتمال كون الواقع على الوجه الذي ذكرناه وعند ابي حنيفة تعتد باربعة اشهر وعشر فقط لاحتمال ان الزوج هو المتأخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد والاحتياط انما يكون بعد ظهور السبب لانه العمل باقوى الدليلين ولا يخفى انه مشترك الالزام **قوله** وقال الشافعي بحيضة واحدة وهو قول مالك واحمد وقولهم قول ابن عمر وعائشة وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهري والاوزاعي واسحق انها تعتد باربعة اشهر وعشر وقولنا قول عمر وعلي وابن مسعود ونحوه عطاء والنخعي والثوري وعند الظاهرية لا استبراء على ام الولد وتتزوج ان شاءت اذا لم تكن حاملا وهذا ابتناء على عدم اعتبارهم القياس لا القياس الجلي وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة وهذه المسئلة قياسية ولا شك انه تحقق بموت المولى وحقيقة كل من امرين زوال ملك اليمين وزوال الفراش فقاسوا على الاول بهذا التربص يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء وقلنا تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلث حيض كالتربص في الطلاق وهذا ارجح لان العدة مما يحتاط في اثباتها فالقياس الموجب للاكثر اوجب الاعتبار على ان التحقيق انه لا معارضة بينهما في ايجاب الزائد على الحيضة وذلك لان نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس الا تعدية حكم الاصل وهو وجوب التربص حيضة فقط وعدم وجوب الزائد بالعدم الاصلي لانه مقتضاه فان اثر العلة فيه وفي كل قياس انما هو في تعدية حكم الاصل لا في غيره بنفي ولا اثبات ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضي لوجوبه فاذا علمت هذا فايجاب الزائد على الحيضة بمقتضى القياس الذي عيناه ولا يقتضي نفيه ما عينوه فيسلم ايجابه عن المعارض وعلى هذا التحقيق فالمعارضة انما تثبت بين كل قياسين اذا لم يكن موجب احدهما بعض موجب الآخر ومع ثبت بطريق اللزوم لما قلنا من انه ليس من مقتضى العلة التعرض لغير حكم الاصل بنفي ولا اثبات فاذا كان في الفرع جامعان بالاجماع احدهما يقتضي فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالكلية فانه يلزم من اعتبار احدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر اللهم الا ان يجوز القياس والتعليل لنفي حكم فان النفي ح مقتضاه وفيه كلام في الاصول ومنهم من اختياره شرط كون العلة امرا عدميا والمحققون على نفيه لان العدم لا يؤثر شيئا وما وقع في الفقه مما ظاهره التعليل به كقول محمد في عدم الخمس في موضع لانه لم يوجف عليه المسلمون ونحوه فانما حقيقته بناء الحكم على العدم الاصلي بناء على انه لم يعلم من الشرع ايجاب الخمس الا ذا كان كذا وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس اي يبقى على عدمه الاصلي لا انه الحاق بجامع مؤثر بخلاف ما اذا كان موجب احدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه فان الجامعين يتظافران على اثبات ذلك البعض وينفرد احدهما باثبات امر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر

ثم اما منا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي رحمه الله لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه

قوله واما منا فيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه روى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير ان عمرو بن العاص امر ام الولد اذا اعتقت ان تعتد ثلاث حيض وكتب الى عمر رضي الله عنه فكتب بحسن رأيه فاما انه قال في الوفاة كذلك والله اعلم وليس يلزم من القول بثلث حيض في العتق من شخص قوله به في الوفاة الا يرى الى ما ذكرناه عن عمرو بن العاص انه قال بها في العتق وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة ام الولد المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشر لكن قال الدارقطني وقبيصة لم يسمع من عمرو فهو منقطع وهو عندنا غير ضائر اذ كان قبيصة ثقة وقد اخرج ابن ابي شيبة عن الحارث عن علي وعبد الله رضي الله عنهما قالا ثلث حيض يعني اذا مات عنها يعني ام الولد واخرجه عن ابراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحارث ضعيف الا ان غالب نقل المذاهب قلما يخلو عن مثله والمتحقق انها مختلفة بين السلف وهو راجع الى اختلاف الرأي وقد بينا ترجيح ما يوافق رأينا **قوله** فاذا مات الصبي عن امرأته وبها حبل احترز عما اذا مات وظهر بها حبل بعد موته فانها تعتد بالشهور اتفاقا ثم معرفة ذلك ان تضع لاقل من ستة اشهر من موته في الاصح فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان وضعته لستة اشهر من موته فاكثر لم يكن محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدير العدة بالوضع عندهما بل باربعة اشهر وعشر اتفاقا وقيل المحكوم بحدوثه ان تلده لاكثر من سنتين من موته وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشيء لان التقدير للحدوث باكثر من سنتين او سنتين كوامل ليس الا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة الى غير الحكم بالحدوث الى سنتين **قوله** وقال ابو يوسف عدتها اربعة اشهر وعشر وهذه رواية عن ابي يوسف اذا لم يحك في الظاهر خلاف ولم يذكر محمد ولا جامع كلامه الحاكم وقول فخر الاسلام فهذا الصبي لا تعتد بوضع الحمل استحسانا من جملة ما يدل عليه فانما هي رواية عنه ولذا قال شمس الائمة وعن ابي يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر والشافعي انتهى ولذا قال ابو يوسف في المطلقة جاءت بولد لاكثر من سنتين تعتد بوضعه مع انه منتفى النسب ومحكوم بحدوثه فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فانما هي رواية شاذة وهو قول مالك واحمد وهي رواية عن ابي حنيفة ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق اما المراهق فيجب ان يثبت النسب منه الا اذا لم يمكن بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امرأته فاتت بولد غير سقط لاقل من ستة اشهر من وقت العقد بان تزوجها حاملا من الزنا لا يعلم الحالة ثم وضعت كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعنده لا اعتبار به وانما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لانه لو علم لم يصح العقد عند ابي يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما اذا لم يعلم فانه وان لم يصح لكن يجب من الوطء فيه العدة فانه بشبهة فيقع الخلاف في انها بالوضع او بالاشهر وحاصل تمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير بجامع انه حمل منفي النسب فلا يعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل بين كونه منه او من غيره ولانها اي عدة الوفاة في حق الحامل وقت الموت مقدرة بوضع الحمل في اولات الاحمال لا للتعرف فراغ الرحم لشرعها اي لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى وهو قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه كما يتحقق في الكبير والنسب منه وتلخيص هذا الوجه عنه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب في حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع انه لقضاء حق النكاح اظهارا لخطره متعرضا فيه لالغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعدمه ودليل

بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء

الالغاء شرع الاشهر مع تحقق الاقراء وبه يظهر فساد ما ذكروه من صورة القياس فان حقيقته ليس الا نفي الحكم لنفي العلة المساوية وهي ثبوت نسب الحمل فانه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى في الحامل بحادث بعد موت الصبي ونحن منعنا عليته فضلا عن مساواته لكن لا يخفى ان كون الاعتداد بالوضع ليس الا لقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك وليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح وقدمنا ان شرعيته لكل من الامرين فقد ينفرد احدهما وقد يجتمعان في الاولى عدم التعرض للنفي ويكفي كون العدة مطلقا للقضاء فانه اذا ثبت الا امر للاعم ثبت لكل خصوصياته فثبت كونها بوضع الحمل للنفي ايضا واعلم ان قول ابي حنيفة ومحمد في المسئلة التي اتبعنا بهما قول ابي يوسف اعني المطلقة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين ان عدتها تنقضي من سنة اشهر على الوضع فيرجع بنفقتها ان كانت تعجلتها اضافة للحادث وهو الحمل الحادث الى اقرب زمانه **قوله** بخلاف الحمل الحادث شرع يفرق بين ما قاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف والحاصل انه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل اذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا كخص بالعقل للعلم بان حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من ان تثبت العدة اذ ذاك والفرض ان لا حمل ليثبت بالوضع وعدمه فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع او بالاشهر من ضروريات العقل لعدم العلم بما ذكرناه فعند عدمه والغرض ان العدة تثبت لا تتوقف فانها تثبت بالاشهر وبهذا لزم ان مراد الآية باولات الاحمال حالة الفرقة **قوله** ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها حبل بعد موته بان جاءت به لاقل من سنتين مع حدوثه في نفس الامر حيث تعتد بالوضع لا بالاشهر مع فرض حدوثه في نفس الامر واجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك مستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل التوافق بين الحكمي والواقعي الا ان تحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حتى تيقن بحدوثه كان الحكم ان تعتد بالاشهر وعند التامل لا معنى للايراد والجواب عنه بما ذكرنا اصلا **قوله** ولا يثبت نسب الولد في الوجهين اي في الحادث بعد الموت وغيره لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق وقوله والنكاح يقوم مقامه اي مقام العلوق في موضع التصور لان الشيء انما يقدر تقديرا اذا امكن تصوره تحقيقا **قوله** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تحتسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل لانه سمي الاسم في ثلاثة قروء وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان **قوله** واذا وطئت المعتدة بشبهة من اجنبي او من الزوج ووافق الشافعي في احد قوليه فيما اذا كان الواطئ المطلق والوطء بشبهة تحقق بصورتها التي زفت الى غير زوجها والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر او في العدة اذا قال ظننت انها تحل لي والتي طلقها بالكناية ثم وطئها في العدة او كانت في عدة فوطئها آخر لشبهة او في عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ففي هذه تجب عدتان ويتداخلان وهو قول مالك وعدمه قول الشافعي واحمد وما في الغاية من ان الشبهة في المطلقة بالطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا يثبت النسب في الوطء وان قال ظننت انها تحل لي واذا لم يثبت النسب لا يجب به العدة سياتي دفعه في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ثم معنى التداخل جعل المرئي عنهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة الاولى فعليها حيضتان تمامها ويحتسب بهما من عدة الثاني وللآخر ان يخطبها اذا انقضت عدتها من الاول لانها في عدته ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله ان يراجعها اذا شاء ثم لم يقربها حتى تنقضي عدتها من الآخر وان طلقها بائنا فليس له ان يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثاني حتى تنقضي عدتها منه وكذا اذا كانت العدتان بالشهور قالوا والخلاف مبني

وكذا المقصود التعرف عن فراغ الرحم وذلك يحصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف

على ان ركن العدة ماذا فعند الشافعي كف النفس عن المحرمات في مدة معينة فاذا وجب كف عنها في مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب لا يتداخلان لان هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل انما التداخل لائق بالعقوبات الا ترى ان من وجب عليه الكف عن الشهوتين في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد وعندنا الركن نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة ويمكن اجتماع حرمات في الشيء الواحد كالخروج والتزوج فيما نحن فيه في زمان واحد باسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها نهارا للصائم ونحو ذلك ومعنى العبادة تابع بدليل انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف ونحن نستانف الكلام ونقول لا شك انه يثبت عند تمام سبب العدة امور هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوج في مدة معينة تنتهي هذه الحرمات بانتهائها ووجوب التربص في تلك المدة ايضا الثابت بقوله تعالى والمطلقات يتربصن مع ان هذا الوجوب لا بد ان يثبت لازما للحرمة بادنى تامل ومتعلق الوجوب ليس الا فعل الكف والتربص وان كان الانتظار فهو من افعال النفس فان اردنا تعيينه لم تر انسب به من كونه ترك تلك الحرمات الى انقضاء المدة وترك الشيء لا يخرج عن كونه كف النفس عنه او جلبا ومن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد عن التحقيق وح يكون حاصل تربصن نهيا عن تلك الامور لانه طلب كف عنها كما جعلنا ذروا البيع نهيا عنه فالثابت تحريم هذه الامور ومن المعلوم ان لزوم الكف لا يتعلق بالمراة الا عند علمها بالنسب اذ التكليف بالفعل وروده لا قدرة بدون العلم وبحكم هذه المقدمة وهي ان الحكم انما يثبت في حق المكلف باعتبار علمه بالسبب المقدمة القائلة ان الحكم المقيد بمدة ينتهي بانتهائها لزم انها اذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لان الثابت في حقها لم يكن حكم الخطاب بل غايته اصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في اصل الوجوب على ما عرف او علمته ثم لم تكف اي لم تتربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت الى حد الزنا الى ان تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على ان معنى العبادة تابع كما قال المستدل الدليل على ذلك تحققها في حق من لا تصح العبادة منه فلا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة فعلم ان تحقق العدة في الشرع بالاصالة انما هو لتعرف فراغ الرحم ولاظهار خطر النكاح والتنفع فقد يجتمعان كما في ذوات الاقراء وقد لا كما في الآيسة والصغيرة ومعنى العبادة تابع وهو كف القادرة المختارة نفسها عن متعلقات تلك المحرمات فلا شك ان العدة تطلق على كل من تلك الامور اما على التربص ففي قولنا وجبت العدة ونحوه واما على نفس المدة ففي نحو قولنا انقضت العدة وما سنذكر ايضا واما على نفس الحرمات فبغير دعوانا انها الركن لكن الشان في بيان ان مسمى لفظ العدة في الشرع ماذا فالذي يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى وهو قوله عز وجل فعدتهن ثلاثة اشهر انه نفس المدة الخاصة التي تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص وقوله تعالى يتربصن انما يفيد لزوم التربص لا انه مسمى لفظ العدة وقد قلنا ان كلا من الامور ثابت عند تمام السبب والكلام الآن ليس فيه واما قوله تعالى اجلهن ان يضعن حملهن حتى يبلغ الكتاب اجله فاذا بلغن اجلهن فالاجل ما كان من المدة للتاخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت بمضي هذا الاجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتها فلا دليل فيه ايضا الا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا في التربص واما وصف العدة بالوجوب في قولنا العدة واجبة ووجبت فانما يقتضي ان المراد بها فعل كالتربص والكف وهو لا يستلزم كونه المفهوم الحقيقي الا ظاهرا وذلك لو لم يعارضه النظم القرآني فتلخص انه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التي تعلقت فيها الحرمات فهذا الكل

والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق
عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها لان سبب وجوب العدة الطلاق
او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة
في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطئ على ترك وطئها وقال زفر رحمه الله من آخر الوطئات لان الوطء هو السبب

ثم نقول لا يلزم بناء الخلاف في تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف او الحرمات بل يصح ثبوته مع الاتفاق على انها المدة حقيقة وذلك لان العدة وان تعلقت فيها حرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها لان تداخلهما واللازم متعذر وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاز لازما لتداخل العدة او كان عين تداخلهما فلذا والله اعلم اقتصر المعترض على كون ما هو الدفع على هذا التقدير ان الكف الواجب لم يجب حقيقة على وجه العبادة بل مطلقا اذ لا دليل يوجب كونه وجب بالعبادة على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على ان البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقا او لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آثمة مع انه لم يتحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم انه لم يجب على انه عبادة نعم هو له عرضية ان يصير عبادة فان البالغة العاقلة اذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع نزوع النفس لذلك احتسابا لله وقصد الطاعة وقع ذلك عبادة لله تعالى لانه يجب القاعدة كذلك لما ذكرنا **قوله** والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها فلو لم تر فيها دما يجب ان تعتد بعد الاشهر بثلاث حيض **قوله** وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق لان سبب وجوب العدة الطلاق تساهل فقد قدمنا ان سببها النكاح والطلاق شرط وان الاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط فالاولى ان يقال لان عدة الطلاق والموت يتم السبب فيستعقبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة **قوله** ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة بان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين او يتواضعا عليه ليتزوج اختها او اربعا سواها واذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الائمة الاربعة وجمهور الصحابة رض والتابعين رض لهذه التهمة فينبغي ان يتحرى به محال التهمة والناس الذين هم مظانها ولذا فصل السغدي حيث قال ما ذكر محمد يعني من ان ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذي اسند الطلاق اليه اما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الاسناد قال محمد وعلى هذا اذا اقر انه زنى ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك يصدق ويعتبر عدتها من ذلك الوقت ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط وعلى قول هؤلاء ينبغي ان لا يحل له التزوج باختها واربع سواها وقد عرف ان تقييده بالاقرار يفيد ان الطلاق المتقدم اذا ثبت بالبينة ينبغي ان تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لان ثبوتها بالبينة لا بالاقرار وان سقوط النفقة والسكنى على قول هؤلاء انما هو اذا صدقته اما اذا اكذبته في الاسناد فلا وكذا اذا قالت لا ادري والحكم في الفصول الثلاثة على قول المشايخ ان العدة من وقت الاقرار ولا يصدق في الاسناد ثم المراد من قوله ومشايخنا مشايخ بخارى وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله عن مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب وان كان غائبا فاتاها موته او طلاقه بمدة تنقضي بها العدة فلا عدة واذا شكت في العدة اعتدت من الوقت الذي تتيقن فيه بموته ولو جعل امر امرأته بيدها ان ضربها فضربها فطلقت نفسها فانكر الزوج الضرب فاقامت البينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء او من وقت الضرب ينبغي ان يكون من وقت الضرب ولو طلقها وانكر فاقيمت البينة فقضي بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء **قوله** او عزم الواطئ بان اخبر بانه ترك الوطء فان الاخبار امر ظاهر فيدار الحكم عليه اما آخر الوطئات لا تعلم لاحتمال وجود آخر بعده وفي الخلاصة والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون الا بالقول كقوله تركتك وما يقوم

ولكن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة لو لزم لاشتبه العدة مع جواز وجود غيره ولأن التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره وإذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لأنها أمينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله عليه نصف المهر وعليها إتمام العدة الأولى لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة وإكمال العدة الأولى إنما وجب بالطلاق الأول إلا أنه لم يظهر حال التزوج الثاني فإذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره وهو العدة فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها أصلا لأن الأولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها

متاركة تركتها وخليت سبيلها أما بعدم المجيء فلا إذ الغيبة لا تكون متاركة لأنه لو عاد يعود ولو أنكر نكاحها لا تكون متاركة **قوله ولنا أن** كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل أي كل الوطآت إلى حكم عقد واحد وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا لاعتبار الكل واحدا اكتفى بمهر واحد فلو لم يعتبر كذلك تعددت المهور بتعدد الوطء لما عرفت فقبل المتاركة والعزم لم تثبت كل الوطآت لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر أنها إذا حاضت بعد الوطء أي وطء كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عدتها وحلت للأزواج فإن تزوجت ظهر أنه كان آخر الوطآت وإن كان وطئها بعد ذلك عاد بهذا التقدير فيقول إن تركها حتى حاضت ثلاثا إلخ ولو حاضت حيضة بعد وطئه ثم قال عزمت على تركك احتسب بتلك الحيضة عنده من العدة فتتزوج بعد حيضتين أخريين وعندنا لا يحتسب بها ولأن التمكن من الوطء على وجه الشبهة بسبب ذلك العقد أقيم مقام حقيقة الوطء لخفاء الوطء ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره أي غير الواطئ وهو مريدها للازدواج والخفي لا يعرف الحكم وإذا أقيم مقام حقيقة الوطء لا تثبت العدة ما دام التمكن على وجه الشبهة قائما ولا ينقطع التمكن كذلك إلا بالتفريق أو بالمتاركة صريحا فلا تثبت العدة إلا عندها وإذا اختار أبو القاسم الصفار قول زفر ومقتضى ما قدمنا في باب المهر من قول طائفة من المشايخ وهو الوجه أنها لو تزوجت عالمة بأنها حاضت ثلاث حيض بعد وطئه كان صحيحا فيما بينها وبين الله تعالى إلا أن اشتراط كونها بعد الترك في القضاء فالقول قولها مع اليمين لا بد أن يكون محل هذا ما إذا كان بينهما مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوما عندهما لأنه إذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها أصلا **قوله** كالمودع إذا ادعى رد الوديعة أو الهلاك وأنكر المودع فالقول قول المودع مع أن عليه اليمين إذا كذبه وعكس هذه المسألة إذا قال الزوج أخبرتني أن عدتها قد انقضت فإن كان في مدة لا تنقضي في مثلها لا يقبل قوله ولا قولها إلا أن تبين ما هو محتمل من إسقاط سقط استبان بعض خلقه فحينئذ يقبل قولها ولو كان في مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج بأختها لأنه أمر ديني يقبل قوله فيه **قوله** وإذا طلق الرجل امرأته المدخول بها طلاقا بائنا دون الثلاث ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال زفر نصف المهر أو المتعة إن لم يكن سمى فيه شيء وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكملة العدة الأولى وقال محمد لها نصف المهر أو المتعة وعليها تمام العدة الأولى لزفر أن العدة الأولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بعد الطلاق الثاني ولا كمال المهر لأنه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير أن كمال العدة الأولى وجبت بالطلاق الأول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فإذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه **قوله كما لو** اشترى أم ولده أي زوجته التي هي أم ولده إذا كانت أمة فإنه ينفسخ النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق يظهر غير أن هنا تجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولد أعتقت وتتداخل العدتان فيجب عليها الأبعد وإلى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح ولا يجب عليها فيها شيء من الحيضة الأخرى لأنها عدة أم الولد أعتقت وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم اشتراها ثم أعتقها أو لها ولد منه إذا أولدها منه فإنه تجب عليها العدة بالطلاق ثم يبطل في حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فإذا أزال بالعتق تظهر حتى تجب عليها تمام العدة الأولى لأنه كان واجبا بالطلاق السابق وما قال زفر فاسد لأنه يستلزم إبطال المقصود من شرعها وهو عدم اشتباه الأنساب فإنه لو كان تزوجها قبل أن تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للأزواج من غير عدة عن الطلاق وفي ذلك اشتباه النسب وهو كبير **قوله** ولهما أن الوطء قبض فهي مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثر هذا القبض بقيام العدة إذ هي أثره فإذا جدد النكاح

وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله عند ابي حنيفة رح وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة رح فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة عليها واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي يلحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة رح انه يجوز نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول اصح

والحال قيام قبضها بان قبضها الدائم مقام استحداث قبض آخر وكان بمجرد العقد قابضا كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو في يده بالغصب ناب ذلك القبض عن التسليم المستانف ولا يقال لو جعل هذا ان يملك الرجعة لان الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف لانا نقول نحن جعلنا النكاح الثاني قائما مقام النكاح والدخول من كل وجه بل في حق تكميل المهر ووجوب استيناف العدة للاحتياط فلا يلزم منه اقامته مقامه في حق جميع الاحكام والا كان اقامته في حق ترك الاحتياط لان الاحتياط في انقطاع الرجعة الا يرى ان صريح الطلاق بعد الخلوة لا يستعقب الرجعة مع ان الخلوة قائمة مقام الدخول في تكميل المهر ووجوب العدة فعلم بهذا انه لم يلزم من اقامة النكاح مقام الدخول في ذينك الحكمين اقامته مقامه في ثبوت الرجعة بصريح الطلاق وهذه احدى المسائل المبنية على هذا الاصل وهو ان الدخول في النكاح الاول دخول في الثاني اولا وثانيها لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما ولو كان على القلب بان تزوجها صحيحا اولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الاولى بالاتفاق والفرق لهما انه لا يتمكن من الوطي في الفاسد فلا يجعل واطيا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطيا بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليها العدة فيه ولا عليه المهر وثالثها لو دخل بها في الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول بل يكون فارا ام لا رابعها لو تزوجت بغير كفؤ ودخل بها ففرق القاضي بينهما بطلب الولي ثم تزوجها هذا الرجل في العدة بمهر ففرق القاضي بينهما قبل ان يدخل بها كان عليه المهر الثاني كاملا وعدة مستقبلة عندهما استحسانا وعند محمد نصف المهر الثاني وعليها تمام العدة الاولى وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول وسادسها تزوجها صغيرة ولم يدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وسابعها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت ثم اسلمت فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول وثامنها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول وتاسعها تزوج امة ودخل بها ثم اعتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وعاشرها تزوج امة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم اعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول **قوله** واذا طلق الذمي الذمية او مات عنها فلا عدة عليها فلو تزوجها مسلم او ذمي في فور طلاقها جاز وهذا اذا كانت لا تجب في معتقدهم بخلاف ما اذا طلقها المسلم او مات عنها فان عليها العدة بالاتفاق لانها حقه ومعتقده **قوله** وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة ليس بقيد بل المعتبر ان تصير بحيث لا يمكن من العود بان خرجت مسلمة او ذمية او مستامنة ثم اسلمت او صارت ذمية لا عدة عليها فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وعنه لا يطأها الزوج حتى يستبرئها بحيضة وعنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء وقالا عليها اي الحربية التي خرجت مهاجرة العدة وعلى الذمية العدة اما الذمية فالخلاف فيها نظير الخلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح اي لاختلاف المشبه وهو غير المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح اهل الشرك اذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز الخ او المراد كل من الاختلافين واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت في دار الاسلام بسبب آخر غير التباين في دار الاسلام كالمطاوعة والموت والطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين وانما قيدنا بالمسلمة ليتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يخص الخارجة مسلمة ولو لم تخص منها لم تظهر الملازمة عليه لانه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذمية اذا كانوا يدينون ذلك **قوله** بخلاف ما اذا هاجر الزوج مسلما او ذميا او مستامنا ثم صار مسلما او ذميا وتركها فانه لا عدة عليها هناك اجماعا حتى جاز له ان يتزوج اختها واربعا سواها كما دخل دار الاسلام لعدم تبليغ الاحكام لها في دار الحرب لا لانها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح اهل الشرك انها حق الآدمي فيخاطب بها **قوله** وله قوله تعالى و

فصل قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فلانه

ولا جناح عليكم ان تنكحوهن بعد قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات والزيادة على النص لا تجوز بالظني وقوله تعالى يتربصن بانفسهن ثلثة قروء في المطلقات فالحاق التباين بالطلاق قياسا يفيده بها بعد العدة ولا تجوز الزيادة بالقياس هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا يجب معها العدة عند الفرقة كما لا تجب معها المهر لان التسليم لا يجوز لها فلا تقام الخلوة مقام الوطي ولا اشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح واما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فان لم يمكن الوطي مع المانع كالحيض والاحرام ونحو ذلك تجب العدة فان لم تجب كمال المهر وان اعترفا بعدم الدخول لانها حق الشرع والولد فلا يصدقان في حق ابطال غيرها وتقدمت هذه في باب المهر وان هذا قول القدوري ومن تبعه ومختار غيرهم وجوب العدة في كل صور الخلوة وعدة المستحاضة لغيرها لانها ترد الى ايامها فان نسيتها وتعتد بثلاثة اشهر وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالاشهر فاما ان يكون الطلاق او الموت في غرة الشهر او في اثنائه ففي الاول يعتبر ثلاثة اشهر في الطلاق واربعة في الوفاة بالاهلة وفي الثاني قال ابو حنيفة تعتبر الايام تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام ثم تعتد شهرين بالاهلة وتكمل الشهر الاول من الشهر الثالث بالايام وعن ابي يوسف رحمه الله روايتان كالقولين آخرهما كقول محمد رحمه الله

فصل لما ذكر نفس العدة وكيفية وجوبها اخذ بذكر ما تجب فيها على المعتدات فانه في المرتبة الثانية من اصل وجوبها **قوله** وعلى المبتوتة يعني وتجتنب بسبب التزوج على المبتوتة والمبتوت طلاقها ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا او واحدة بائنة ابتداء **قوله** لا نعلم خلافا في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير التزوج من الاقارب ولكن يباح قال محمد في النوادر لا يحل الاحداد لمن مات ابوها او ابنها او امها او اخوها وانما هو في الزوج خاصة قيل اراد به ذلك فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من اباحته للمسلمات على غير ازواجهن ثلاثة ايام والتقييد بالمبتوتة ليفيد نفي وجوبه على الرجعية وينبغي انها لو ارادت ان تحد على قرابة ثلاثة ايام ولها زوج له ان يمنعها لان الزينة حقه حتى كان له ان يضربها على تركها اذا امتنعت وهو يريدها وهذا الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه **قوله** فلقوله عليه السلام الخ في الصحيحين من حديث زينب بنت ابي سلمة قالت توفي حميم لام حبيبة فدعت بصفرة فمسحته بذراعيها وقالت انما اصنع هذا لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد فوق ثلث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا والحميم القرابة وقد روي بلفظ آخر ووقع فيه مفسرا بكذا لما توفي ابوها ابو سفيان وفي لفظ البخاري فيه فوق ثلثة ايام ولا يخفى انه لا دليل فيه على ايجاب الاحداد لان حاصله استثناء من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه وما قيل من ان نفي حل الاحداد استثناء واستثناؤه من نفيه فهو اثباته فيصير حاصله الاحداد الا من زوج فانها تحد وذلك يقتضي الوجوب لان الاحياء يفيده على ما عرف ومن ان نفي حل الاحداد ايجاب الزينة فاستثناؤه استثناؤه من الايجاب فيكون ايجابا لان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه غير لازم اذ يمنع كون نفي حل الشيء الحسي نفيا له عن الوجود لغة او شرعا ليتضمن الاستثناء الاخبار بوجوده بل نفي له عن الحل ولو سلم فوجود الشيء في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالاباحة والندب ولا وجوب وايضا استثناء الاحداد من ايجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الاحداد واتحاد الجنس حاصل مع هذا فان المستثنى والمستثنى منه الاحداد ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجود فيهما فهو كالاول فلذا قال ظهير الدين رحمه الله وما هو الا تلميحا لفوائده وعن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري الى انه لا يجب ولكن يحل ويدل عليه ما اخرجه

وقال الشافعي رح لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تاسف بفوته ولنا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتاسف على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها

ابو داود فى مراسيله عن عمرو بن شعيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة ان تحد على زوجها حتى تنقضى عدتها وعلى من سواه ثلثة ايام والحق ان الاستدلال بنحو حديث متفق عليه فى صحيح مسلم انه عليه السلام قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا فان فيه تصريحا بالاخبار ويكون الحديث المذكور للمعتزلة محكوما بارادة الاخبار بوجود فعلها منه لطريق الحل لظهور ارادته فى حديث آخر ولم تخف ان الاخبار الموجب للوجوب الاخبار بصدور الفعل بالنسبة الى المكلف لا بالنسبة الى ثبوته شرعا مثلا اذا قال احدا وتفعله المرأة افاد الوجوب لا اذا قال يحد اد ثابت شرعا فانه اعم ومن الادلة عليه حديث ام عطية فى الصحيحين انه عليه السلام قال لا تحد امرأة على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوج اربعة اشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبا الا اذا طهرت نبذة من قسط او اظفار فصرح بالنهى فى التفصيل معنى ترك الاحداد والنبذة بضم النون القطعة والشئ اليسير والقسط والاظفار نوعان من البخور رخص فيه فى الغسل من الحيض فى تطييب المحل وازالة كراهته وحديث ام سلمة فى الصحيحين ايضا قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها يعنى الكحل بضم الكاف فقال عليه السلام لا مرتين او ثلثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هى اربعة اشهر وعشر وقد كانت احداكن فى الجاهلية ترمى بالبعرة على راس الحول قالت زينب كانت المرأة اذا توفى عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار او شاة او طائر فتفتض به فقلما تفتض بشئ الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمى بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب او غيره الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة البيت الصغير قريب السقف حقير وتفتض بفاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل اى تكسر ما هى فيه من العدة بطائر او نحوه تمسح به قبلها وتنبذه فلا يكاد يعيش ما تفتض به فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك وقيل الافتضاض بالغسل بالماء العذب كالفضة فهو منه والاول احسن قوله وقال الشافعى لا حداد عليها اى على المبتوتة لانها لاظهار التاسف وهو فى الموت لصبره على صحبتها الى الموت بخلاف ابتدائه بطلاقها ثلثا فانه اوحشها وقطعه لا تتاسف فيه لكان سؤالها قلنا فى محل النزاع نص هو ما روى انه عليه السلام انه نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ذكره السروجى حديثا واحدا وعزاه للنسائى هكذا ولفظه نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء قال الحناء طيب والله اعلم به ويجوز كونه فى بعض كتبه واما جعله حديثين حديث الحناء طيب المتقدم وحديث ابى داود عن ام حكيم بنت اسيد عن امها عن مولاة لها عن ام سلمة قالت قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا فى عدتى من وفاة ابى سلمة لا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب قلت فباى شئ امتشط يا رسول الله قال بالسدر تغلفين به راسك فما الطعن فى اسناده لا يفيد المقصود فان فيه معتدة فى وفات ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس على عدة المتوفى عنها بجامع اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح وبتقدير تسليم ان ما عينه الشافعى مناسب معتبر فى محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل فى المحل ايضا باظهار التاسف على فوات نعمة النكاح التى هى من اسباب النجاة فى المعاد والدنيا فانه ضابط للحكمة المقصودة لفوات الزوج وكون الزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهى ممنوعة عن النكاح شرعا فى هذه المدة فتمتنع دواعيه دفعا لما يدافع عن اداء الواجب وقد ذكر المص هذا المعنى ايضا عند قوله وفيه وجهان الخ لكن ظاهره انه ذكره على انه علة اخرى والتحقيق انه حكمة لان المنفى فوات ما قلنا بخلاف ما هو داعيه وكل من الامرين يستقل بالحكم فاذا وجد فى محل ثبت معه

والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب

ذلك الحكم ففي المبتوتة ان فقد التاسف على الزوج فالآخر وهو اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح موجود ولو تم ما ذكر من اظهار التاسف مطلقا ليس علة لانه ممنوع منه بقوله تعالى لكيلا تاسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فلا يكون الاحداد في المتوفى عنها منوطا به لزم ان يكون وجوبه تبعا للعدة بالنص او معلولا بالآخر فقط لكن منع بان المراد بقوله تعالى لكيلا تاسوا الآية الاسى مع الصياح والفرح مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا **قوله** والحداد ويقال الاحداد فمن الاول يقال حدت المراة تحد من باب نصر ومن باب ضرب ايضا حدادا فهي حادة ومن الثاني يقال احدت تحد احدادا فهي محدة **قوله** ان تترك الطيب والتحتر عنه ولا تتجر فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه **قوله** وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم تقدم **قوله** والدهن لا يعرى عن نوع طيب اما في ذاته او في المدهن به لما فيه من طيب نفسه به وزينة وقد وقع للزيلعي مخرج الاحاديث ههنا وهم وذلك انه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال من المصنف انه عليه السلام لم ياذن للمعتدة في الاكتحال والدهن فخرج حديث منع الاكتحال ثم قال واما الدهن فغريب فهو سهو فان الدهن مبتدأ خبره قوله لا يعرى عن نوع طيب فالحقه الحاقا **قوله** قال الا من عذر لان فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الائمة وذهبت الظاهرية الى انها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نهيا موكدا عن الكحل التي اشتكت عينها والجمهور حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها ولذا قال المصنف فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات وقد جاء في حديث ام حكيم بنت اسيد عن امها ان زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بكحل الجلاء فارسلت مولاة لها الى ام سلمة فسالتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه الا من امر لا بد منه يشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحه بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي ابو سلمة وقد جعلت على صبرا فقال ما هذا يا ام سلمة فقالت انما هي صبر يا رسول الله قال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وانزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب الحديث رواه احمد وغيره لكن امها مجهولة مطلقا وتمتشط باسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في المبسوط واطلق الائمة الثلاثة وقد ورد في النهي عنه مطلقا وكونه بالضيقة يحصل مع الزينة وهي ممنوعة منها وبالواسعة يحصل دفع العذر ممنوع بل قد تحتاج لاخراج الهوام الى الضيقة نعم لو ارادت به معنى الزينة لم يحل واجمعوا على منع الادهان المطيبة واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فمنعناه نحن والشافعي الا لضرورة لحصول الزينة به واجازه الامامان والظاهرية **قوله** لعذر كالحكة والقمل والمرض وقال مالك يباح لها الحرير الاسود والحلي والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ ينفيه وقد صرح بمنع الحلي في الحديث على ما سنذكره ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق الا العصب فيشمل منع الاسود **قوله** لانه يفوح الخ يفيد انه اذا كان خلقا لا رائحة له يجوز وفي الكافي قال الا اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ فانه لا باس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة وينبغي تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره اما ببيعه والاستخلاف بثمنه او من مالها ان كان لها وروى مالك وابوداؤد والنسائي عن ام سلمة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تلبس المتوفى عنها

قال ولا حداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانهما ما فاتتهما نعمة النكاح لتظهرا التأسف والاباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة

زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل بهذا قال ابي داود والنسائي والجرة ولا تلبس العصب عندنا وجاز الشافعي رقيقه وغليظه ومنع مالك رقيقه دون غليظه واختلفت الحنابلة فيه وفي تفسير وفيه الصحاح العصب ضرب من برود اليمن ينسج ابيض ثم يصبغ بعد ذلك وفي المغنى الصحيح انه نبت يصبغ به الثياب وفرق في الحديث بانها ثياب من اليمن فيها بياض وسواد ويباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة وحمله الظاهرية كالاحمر والاخضر **قوله** ولا احداد على كافرة لا احداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة خلافا للشافعي ومالك رضي الله عنهما لانه يجب لموت الزوج فيعم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند فقد الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو امرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به ولذا اشترط الايمان فيه حيث قال عليه السلام لا تحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث وقولهم انما تعم العدة جليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وليست على نفس الحرمات فيقتضي المدعى على ما علمنا تحقيقه والعدة اللازمة لهن لكل من المفهومين الاخيرين على معنى ان عند النساء تثبت بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة فباطل لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه بالتكليف بل هو من ربط المسببات بالاسباب بخلاف منعها عن الزينة والطيب فان فعلها الحسي محكوم بحرمته قالت فيه متعلق بالتكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلو تحلين او لبس المزعفر او تطيبت لا تأثمن لعدم التكليف ا ه نعم قد ثبت على الكافرة بالعدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فان في العدة بعض الحق جنايات **قوله** وعلى الامة الحداد يعني اذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن وكذا المدبرة وام الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت العلة الموجبة لانها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى وليس في الاحداد فوات حقه في الاستخدام بخلاف المنع من الخروج فانه لو لزمها في العدة ثبت ذلك فقلنا لا تمنع من الخروج في عدتها كيلا يفوت حقه في استخدامها وحق العبد يتقدم على حق الشرع باذنه لغناه وقال تعالى الا ما اضطررتم اليه فان قيل لو وجب الحداد لعلمه فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء المنكوحة فالجواب انها لم تفت لقيام الحل والكفاية غاية الامر انه ثبت على وجه اخص من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك ولا اثر لهذا القدر من الاخصية فان نعمة النكاح ليس فواتها موثرا باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل باعتبار فوات نعمة من انها سبب لصونها وكفاية مؤنتها وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد ولهذا التقدير يندفع اشكال انه لا يجوب الا وفقا وهو هذا الحل عن الاعلى والتقضي عنه بالتزام وجوب الحداد على المشتراة الا انه لم يظهر لكونها جازالا حق لو اعتقها ظهر فانه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها انه وجوب لا فائدة فيه لان لها الزينة والطيب بعد شراءها والوجوب يستتبع الفائدة **قوله** وليس في عدة ام الولد اي عن وفاة سيدها او اعتاقها حداد وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا لانهن ما فاتهن نعمة النكاح والاصل الاباحة اي اباحة الزينة وهذا لان بالاعتاق يزول الرق الذي هو اثر الكفر فهو موضع السرور لا الاسف والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة ظاهر وعلية قوات علة منفية قدم لهم

ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير رضي في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه

للاحداد علة اخرى وهو كون هذه الاشياء دواعي الرغبة وكل منها يستقل وهذه موجودة هنا فينبغي ان تجب الحداد واجيب بان كونها ممنوعة عن النكاح حكم وجوب الحداد لا علته بل علته فوات نعمة النكاح وهو يدور معه وجودا وعدما كذا قيل وهو بالضعف جدير وفي النهاية تلك حكمة لا علة لما ذكرنا من دوران وجوب الاحداد بفوات نعمة النكاح والحكم يدور مع العلة لا الحكم لما عرف في مسئلة الاستبراء **قوله** ولا بأس بالتعريض في الخطبة اراد المتوفى عنها زوجها اذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها اصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يخفى على الناس ولا فضائه الى عداوة المطلق والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شئ لم يذكره كقول ابن عباس فيما اخرج البخاري عنه قال لا جناح عليكم فيما عرضتم يقول اني اريد ان تتزوج ولوددت انه تيسر لي امراة صالحة وقال القاسم يقول انك على كريمة واني عليك لراغب وان الله لسائق اليك خيرا ونحو هذا واخرج البيهقي عن سعيد بن جبير الا ان تقولوا قولا معروفا قال يقول اني فيك لراغب واني لارجو ان نجتمع وليس في هذا التصريح بالتزويج والنكاح ونحوه انك لجميلة او صالحة ولا يصرح بنكاحها فلا يقول اني اريد ان انكحك او اتزوجك وسياق الآية في لا جناح عليكم فيما عرضتم به اي فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن او اكننتم اي اضمرتم في انفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا اي نكاحا فلا تقولوا اريد ان اتزوجك وسمي النكاح سرا لانه سبب للسر الذي هو الوطء فانه مما يسر وحديث السر النكاح المذكور في الكتاب غريب الا ان تقولوا قولا معروفا استثناء يتعلق بلا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس داخلا في السر والاستدلال يتعلق بالمحذوف الذي ابرزنا صورته وهو فاذكروهن والله تعالى اعلم **قوله** وبعض الليل يخصه من التعليل **قوله** وقد يمتد الى ان يهجم الليل فقد روي عن محمد المتوفى عنها زوجها لا بأس ان تغيب عن بيتها اقل من نصف الليل قال الحلواني هذه الرواية صحيحة لان المحرم عليها البيتوتة في غير منزلها والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل نقله في الكافي وقدم قبله ما ينفي اختيار صحتها وهو قوله لان نفقتها عليها او عسى لا يجد من يكفيها مؤنتها فيحتاج الى الخروج لنفقتها غير ان امر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي فابيح الخروج لها بالنهار دون الليالي انتهى ويعرف من التعليل ايضا انها اذا وجدت قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها ان تخرج لزيادة ونحوها ليلا ولا نهارا والحاصل ان مدار الحل كون خيبتها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها كون بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها **قوله** اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الآية اشتملت على نهي الازواج عن اخراجهن غضبا عليهن وكراهة لمساكنتهن او لحاجتهم الى المساكن وعلى نهي المطلقات عن الخروج ونهيهن ابلغ لانه اوقع بلفظ الخبر الا ان ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج قاله النخعي وبه اخذ ابو حنيفة وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن وهو قول ابن مسعود وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس الفاحشة نشوزها وان يكون بذية اللسان على احمائها وقول ابن مسعود اظهر من جهة وضع اللفظ لان الا غاية والشئ لا يكون غاية لنفسه وما قال النخعي ابدع واعذب في الكلام كما يقال في الخطابيات لا تزن الا ان تكون فاسقا ولا تشتم امك الا ان تكون قاطع رحم ونحوه وهو بديع بليغ جدا اذ خرج اظهار عذوبته عن غرضنا **قوله** حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل تخرج نهارا لانها قد تحتاج كالمتوفى عنها وقيل لا يباح لها الخروج لانها هي التي ابطلت النفقة فالاصح ان الاختيار في ابطال حق عليها وبه كان يفتي الصدر الشهيد وصححه في جامع قاضي خان وهذا كما لو اختلعت على ان لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج

وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله فان كان
نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما اذا خافت
او خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجر لا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس به لانه معترف ب
الحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو
ويتركها وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه

وبعضها ان تكترى من بيت الزوج وان كان كل ما اخرجت فلا ولى ان على المفتى ان ينظر في خصوص الوقائع فان علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة ان لم تخرج افتاها بالحل وان علم قدرتها افتاها بالحرمة **قوله** (والبيت المضاف اليها) اى لان البيت المضاف اليها هو الذي تسكنه او تسكن اهلها والزوج معها او لا فطلقها كان عليها ان تعود الى منزلها ذلك فتعتد **قوله** (وقال عليه السلام) تاييدا للاستدلال بالكتاب بان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ما قلنا انه مدلول الكتاب وهو ما اخرج اصحاب السنن الاربعة عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن فريعة بنت مالك بن سنان وهى اخت ابى سعيد الخدرى انها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله ان ترجع الى اهلها في بني خدرة وان زوجها خرج في طلب اعبد له ابقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ارجع الى اهلي فان زوجي لم يترك لي مسكنا يملكه ولا نفقة فقالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم او امر بي فنوديت له فقال كيف قلت قالت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي قال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قالت فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان ارسل الي فسألني عن ذلك فاخبرته فاتبعه انتهى ورواه مالك في الموطأ وابن حبان في صحيحه واخرجه الحاكم عن اسحق بن سعيد بن كعب بن عجرة حدثتني زينب به قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد من الوجهين جميعا ولم يخرجاه قال محمد بن يحيى الذهلي هو حديث صحيح محفوظ وهما اثنان سعيد بن اسحق وهو اشهرهما واسحق بن سعيد بن كعب وقد روى عنهما جميعا يحيى بن سعيد الانصاري وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن اسحق وهو غير مشهور بالعدالة ورده ابن القطان بان الحديث صحيح فان سعيد بن اسحاق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة وقال الترمذي حديث حسن صحيح وفي تصحيحه توثيقها ولا يضر الثقة ان لا يروي عنه الا واحد وقد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به واما ما روى الدارقطني انه عليه السلام امر المتوفى زوجها عنها ان تعتد حيث شاءت وقال فيه لم يسنده غير ابي مالك النخعي وهو ضعيف وقال ابن القطان محبوب بن محرز ايضا ضعيف وعطاء بن السائب مختلط وابو بكر بن مالك اضعفهم فلذلك اعله الدارقطني وذكر الجمع اجود لاحتمال ان يكون الجناية من غيره انتهى كلامه **قوله** (وصار كما اذا خافت على متاعها) اللصوص الخ اى فانها تخرج لانه عذر واذا خرجت الى منزل آخر صار الثاني كالاول فلا تخرج عنه الا لعذر وتعيين الموضع الذي تنتقل اليه في عدة الطلاق الى الزوج وفي عدة الوفاة اليها لانها مستبدة في امر السكنى حتى ان اجرة المنزل ان كان لا اجر عليها وعليها ان تسكن فيه الا ان لا تجد الكرى وتجب باجر لا يكره فلها ان تتحول اليه وكذا في الزوج الغائب ولا تخرج المعتدة الى صحن الدار التي فيها منازل الاجانب لانه كالخروج الى السكة ولهذا يقطع السارق باخراج المتاع اليه فان لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج الى صحنها ولا تصير به خارجة من الدار وتبيت في اي بيت شاءت منها **قوله** (ثم لا بد من سترة بينهما) يعني اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد كيلا تقع الخلوة بالاجنبية وكذا اذا في الوفاة اذا كان ورثته من ليس بمحرم لها ثم لا بأس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل وانما اكتفى به لان الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم الا ان يكون فاسقا فحينئذ تخرج لانه عذر والاولى ان يخرج هو وكذا في كل موضع تحقق عذر فيه الخروج

وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها في غير مصر فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها لأنه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضا لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر فإنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج إن كان لها محرم وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رح إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد لهما أن نفس الخروج مباح دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة وهذا عذر وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم ففي العدة أولى

الأولى أن تخرج هو ولعل المراد أنه أرجح فيجب الحكم به كما يقال إذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو فالمحرم أولى ويراد ما قلنا وهذا لأنهم قالوا أولوية خروجه بأن مكثها واجب لا مكنة وحتى انتقلت فتعين المكان إليه **قوله** وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة وغيرها المقصود إذا سافر بها فطلقها فإما رجعيا أو بائنا ففي الرجعي تتبع زوجها حيث مضى لأن النكاح قائم وإن كان بائنا أو مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها أقل من السفر فإن شاءت مضت إلى المقصد وإن شاءت رجعت سواء كانت في مصر أو لا معها محرم أو لا لأنه ليس في ذلك إنشاء السفر وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها ما دون السفر مباح إذا مست الحاجة إليه بمحرم وبغيره إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج كذا في الدراية وإطلاق المص يقتضي أنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفر أو دونه أما إن كان مدة سفر فظاهر لأن المضي إلى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر وأما إن كان ما دونها فترجع أيضا لأنها كما رجعت تصير مقيمة وإذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل إلى المقصد فإذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر في العدة تعين عليها ذلك كذا في النهاية وهو أوجه **قوله** وإذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام فصاعدا فإذا كان دونها إلى المقصد لا تتخير بل يتعين عليها الذهاب إلى المقصد **قوله** إلا أن يكون استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت أي في جميع الأحوال إلا في حال يكون طلقها أو مات عنها في مصر فإنها لا تتخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبي حنيفة رح سواء كان معها محرم أو لا وحاصل وجوه المسألة إما أن يكون بينها وبين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتتخير والأولى الرجوع على ما في الكافي وعلى ما في النهاية وغيرها يتعين الرجوع أو كان أحدهما سفرا والآخر دونه فتختار ما دونه لأنها باختيار مقابله منشئة سفرا دون اختياره فإن كان كل منهما سفرا فلا يخلو من أن تكون في مفازة أو مصر فإن كانت في مفازة فإن شاءت مضت وإن شاءت رجعت بمحرم أو لا لأن ما يخاف عليها في ذلك المكان أشد مما يخاف عليها في الخروج والأولى أن تختار الرجوع لما قلنا وإن كانت في مصر لم تخرج بغير محرم لأن ما يخاف في السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر أولى بخلاف المفازة فإن كان معها محرم لم تخرج عند أبي حنيفة رح في العدة وقالا تخرج وهو قول أبي حنيفة رح أولا وقوله الآخر أظهر لهما أنها في غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت في غير المصر وهذا لأن أصل الخروج مطلق لها إجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد حتى قلنا لها أن تخرج إلى دون السفر بلا محرم فإذا بطل معنى السفر بالمحرم بقي مجرد الخروج وهو مطلق لمكان العذر إذ الغربة يؤذي ويهان فأشبه المفازة وله أن تأثير العدة في المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم في المنع من السفر فالعدة أولى وما دون السفر إنما أبيح مع قيام العدة باعتبار أنه ليس بخروج لأنه بناء على الخروج الأول لا لأن أصل الخروج مباح وهي هنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيثبتا وله التحريم وإذا ثبتا وله لم يسقط بالمحرم لأنه لا تنقطع حرمة الخروج باعتبار السفر قبل ما له التحريم بسبب العدة وفي الينابيع لو كانت الجهتان مدة سفر فمضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التي تصلح للإقامة أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرما بلا خلاف وكذا إن وجدت عند أبي حنيفة رح ومثله في المحيط وفيه البدوي طلق امرأته فأراد نقلها إلى مكان آخر في الكلأ والماء فإن لم تتضرر بتركها في ذلك الموضع في نفسها أو مالها ليس له ذلك وإن تضررت فله ذلك إذ الضرورات تبيح المحظورات والله تعالى أعلم

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطيا حكما فتأكد المهر به

باب ثبوت النسب اعقبه العدة لان ما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه فينصرف كل عن الآخر في الحال لست في حال عدم معرفة الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة قوله ومن قال ان تزوجت فلانة او امرأة ففي طالق فتزوج فجاءت بولد لستة اشهر من يوم تزوجها لا اقل ولا اكثر فهو ابنه وعليه المهر يريد من وقت تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يمتد وقد نبه المص على هذه الارادة لانه لما علل ثبوت نسبه بانها فراشه قال في اثبات كونها فراشا لانها لما جاءت به لستة اشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فافاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق جزاء الشرط فيتاخر عنه بزمان وان لطف كما قيل لانه لا يتخلل بينهما ان خال بل اول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلفظ بانت طالق كما حققناه في الطلاق لانه ثبوت حكمي واذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت النسب وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بان تزوجها وهو يخالطها وطيا وسمع الناس كلامهما فوافق الانزال النكاح والآخر تجويز انهما وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش وهو ثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه وقد يقال الفراشية اثر النكاح اعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش نعم اذا فسر الفراش بالعقد كما حكي عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها اذا جاءت به فان هذا الكون انما ثبت بعد العقد الا ان قلنا ان العلة مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير قاضي خان ان العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعني ان زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه لان زواله اثره لا يقال مقتضاه ان يكون جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح اذ لا بد من كون مدة الحمل ستة اشهر وقد عينوا الثبوت نسبا ان لا يكون اكثر من ستة اشهر من النكاح ولا اقل لانا نقول انما لم يتعرضوا في الاقل لان العلوق حينئذ من زوج قبل النكاح واما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطيا بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى ان لزوم النسب فيما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر في مدة يتصور ان يكون منه وهو ستتان ولا موجب للصرف منه بنافي الاحتياط في اثباته والاحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة اشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل اكثر منها وربما يمضي دهور لم يسمع فيها ولادة لستة اشهر وكان الغالب عدم حدوثه وحدوثه احتمال فاي احتياط في اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته وليت شعري اي الاحتمالين ابعد الاحتمال اي الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطاها وسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد او احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة اشهر بيوم يكون من غيره ولاستبعاد هذا الغرض قال بعض المشائخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية والحق ان التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة او جني واما لزوم المهر كاملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطيا حكما فعليه المهر

قال ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا

وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطيه لان الحبل قد يكون بادخال الماء الفرج دون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد وفي النهاية وفي القياس يجب مهر ونصف في رواية ابي يوسف مهر ونصف اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فللدخول انتهى وعبارة ابي يوسف في الامالي على ما نقله الفقيه ابو الليث ينبغي في القياس ان يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول قال الا ان اباحنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فكذلك الصداق وشبهه وجوب الزيادة انتهى وهذه العبارة للمتأمل لا توجب قوله يلزم مهر ونصف بل ظاهر في نفيه وذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك لا شبهة وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا نحكم بذلك والا لم نثبت النسب لان الوطي ح في غير عصمة ولا عدة بل نحكم بانه مقارن له او للنكاح فاقل الامر كونه قبله او لا شبهة ذلك وضميره في قوله فيتأكد المهر به لثبوت النسب اعلم انه اذا كان الاصح في ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره ليبين الايجاد فكم من تزوجها حال وطيها المبتدأ به قبيل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ما ذكره مطلقا ومنسوبا وقد منا في باب المهر من انه لو تزوجها في حال ما يطأها يعطيها مهران مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزويج قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكل لمخالفته لصريح المذهب وايضا الفعل واحد وقد اتصف لشبهة المحل فيجب مهر واحد به بخلاف ما لو قال ان تزوجتها فهي طالق ولبسني فتزوجها ووطيها حيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطي اما هنا الطلاق مع الوطي الحلال في فعل متحد صحت فصار الفعل كله لشبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره وفي شرح ابي اليسر قال ان تزوجتها فهي طالق ثلثا فتزوجها ودخل بها ينبغي ان لا يجب عليها الحد ويجب مهر المثل وقال الامام عليها قال قد كنت افتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من مذهب اصحابنا من مال اليه لم يكن مخطيا ولو جاءت بولد ورثه منصوص عن اصحابنا وان حرمت عليه بالثلث فلم يتم النكاح ولا عدة لكن لما كان مفضلا تحقيقا فيه لم ينقطع النسب **قوله** ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ولو عشرين سنة او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها فان اقرت بانقضائها والمدة تحتمله بان تكون ستين يوما على قول ابي حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هذا في المطلقة البائنة والمتوفى عنها اذا ادعت بعد الاربعة اشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة اشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به لاقل منها ثبت نسبه منه اما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين فظاهر واما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منهما فلاحتمال العلوق في مدة الرجعي لانتفاء الحكم بزناها او بوطئها بشبهة بجواز كونها ممتدة الطهر فان امتد الى ما قبل سنتين من مجيئها به او اقل ثم وطئها فحبلت وعن هذا حكمنا بانها اذا جاءت به لاكثر من سنتين تكون زوجته بالرجعة الكائنة بالوطي في العدة والمطلقة الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لاقل من سنتين لا تثبت رجعتها فان العلوق يحتمل انه كان في العصمة كما يحتمل انه كان في العدة واحالة الحادث الى اقرب الاوقات اذا لم يعارضه ظاهر والظاهر الوطي في العصمة لا العدة لانه هو المعتاد وما قضت به العادة ارجح من اضافة الحادث الى الزمن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة ايضا فعبارة معتادة والناس في الرجعة ان يراجعوا باللفظ فان قيل هنا احتمال آخر وهو لو انها تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر قلنا الفرض انها لم تكن اقرت بانقضاء العدة وما لم تقر بذلك ولم يظهر تزوجها فالظاهر انها في العدة ولان فيه انشاء

والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا واذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطأها حرام الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة

نكاح به القاء الاول اسهل واخف قوله والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب فاذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة حينئذ ثم قيل ان هذه الرواية مخالفة لرواية الايضاح وشرح الطحاوي والاقطع والرواية التي تجيء بعد هذا في الكتاب ايضا وهي قوله واكثر مدة الحمل سنتان فان فيها الحقت السنتان باقل من السنتين حتى اثبتوا النسب اذا جاءت به لتمام سنتين وان لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات اما قوله ان لفظ الحديث الخ فليس بصحيح لان حاصله انه لا يمكث الولد في البطن اكثر من سنتين وهذا لا يقتضي انها اذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق ان يثبت نسبه الا اذا كان العلوق حال قيام الفراش والوجه ان يحمل على تقرير قاضيخان المتقدم من انه يجعل العلوق في حال الطلاق لا انه قبل زواله بالفراش قوله الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ المتعلق اي لم يثبت في حال الا في الحال التي هي دعواه لانه التزمه وله وجه وهو كون وطئها بشبهة في العدة وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان والاوجه انه لا يشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض ولهذا لم يذكر شرط الاشتراط في رواية الامام السرخسي في المبسوط والبيهقي في الشامل وذلك ظاهر في ضعفها وغرابتها واعترض بان هذه مناقضة لما في كتاب الحدود من ان النسب لا يثبت من المبانة في الوطء في العدة ونص في البيان ان المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه في كتاب الحدود والجواب يحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال ويحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض وليس بشيء لان المراد من المذكور هناك اذا لم يدع شبهة والمذكور هنا محمول على كونه وطئها بشبهة والمعتدة عن ثلاث لا تكون ابعد من الاجنبية بالكلية والنسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع مثلا بان يقال ينبغي ان يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل لان المذكور في الحدود عدم ثبوت النسب اذا وطئ المطلقة ثلاثا اذا جاءت مطلقا فيثبت عنده فيجب ان لا ينتقض عنه الا اذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل افاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه غير ان توجيه ذلك امكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه انه لا يشترط غير دعواه لانه لم يشترط في الكتاب سواه ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل ثم اذا لم يثبت نسبه فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وهي رواية بشر عن ابي يوسف فيجب ان ترد نفقة ستة وقال ابو يوسف لا تنقضي الا بوضع الحمل وقد ذكرناه ولا يلزمها رد شيء لمكان الولد من غيره والظاهر انه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة واقل مدة الحمل ستة اشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت وما اخذت بلا استحقاق لانها منقضية العدة فترده وابو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فلانها وطئت بشبهة ولو جاءت المبتوتة بولدين احدهما لاقل من سنتين والاخر لاكثر من سنتين يثبت نسبهما عند ابي حنيفة وابي يوسف اعتبارا بمن باع جارية فجاءت بولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينتقض البيع وعند محمد لا يثبت لان الثاني من علوق حادث بعد الابانة فيتبعه الاول لانهما توأمان قيل هو الصواب وليس ولد الجارية نظيره لان الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في المبتوتة ولو خرج بعضه لاقل من سنتين وباقيه لاكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من سنتين نصف بدنه او يخرج من قبل الرجلين اكثر البدن لاقل والباقي لاكثره ذكره محمد في

فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يثبت نسبه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي ثلاثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فيبطل الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة

شرح التكملة تزوج امة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها ان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولا يلزمه ان جاءت به لستة اشهر فصاعدا لانه ولد النكاح في الاول وفي الثاني يضاف الى ملك اليمين لان وطيها حلال ولا يلزمها الا بالدعوى ولا فرق بين ان يكون الطلقة بائنة او رجعية وان طلقها ثنتين يثبت نسبه الى سنتين لان وطيها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح ولا يخفى ان معنى المسئلة طلقها ثم ملكها والا لم يتصور وطيها بملك اليمين فاعلم ان ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد باحد امور ان تكون هناك اما شهادة بالولادة او اعتراف من الزوج بالحبل او حبل ظاهر كما سيجيء عن قريب **قوله** فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها الخ قيل هو مستدرك لان الحبل دليل على انه يجامع مثلها ومنعه ليس بشيء لانه ان كان باعتبار ان الحبل لا يكون بلا جماع فلا شك انه لا يكون الا بالبلوغ ولعل ان لا يحمل البالغة الجماع وحاصل المسئلة ان الصغيرة اذا طلقت اما قبل الدخول او بعده فان كان قبله فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق فجاءت به لاكثر من ستة اشهر لا يثبت لان الفرض ان لا عدة عليها وما جاءت به لا يستلزم كونه قبل الطلاق ليلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق وان طلقها بعد الدخول فاما ان اقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة اشهر او لم تقر فان اقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ثبت نسبه وان جاءت به لستة اشهر او اكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة باقرارها وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها للتيقن بكذبها وان لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا فعند ابي حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة اشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه والا فلا وعند ابي يوسف يثبت الى سنتين في الطلاق البائن والى سبعة وعشرين شهرا في الرجعي لاحتمال انه وطيها في آخر عدتها الثلاثة الاشهر فعلقت سنتين وان كانت ما ادعت حبلا فهي كالكبيرة من حيث انها لا تقتصر انقضاء عدتها على اقل من تسعة اشهر لا مطلقا فان الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لاكثر من سنتين وان طال الى سن الاياس لجواز امتداد طهرها ووطيه اياها في آخر الطهر وجه قول ابي يوسف انها تحتمل كونها حاملا لان الفرض انها في سن يجوز فيه بلوغها الا ان فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء عدتها فاشبهت الكبيرة في احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تاتي به الى سنتين واعلم ان قياس ما قدمه في الكبيرة المبتوتة من انها اذا جاءت به لتمام سنتين لا يثبت ان يقال الى اقل من سنتين هنا وجه قولهما وهو الفرق ان لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة في الشرع فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها بالانقضاء لانه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة بخلاف اقرارها فغاية الامر ان يجعل انقضاؤها بمنزلة اقرارها ولو اقرت بالانقضاء بعد الاشهر الثلاثة ثم جاءت به لاقل من ستة اشهر او لستة لا يثبت فكذلك هنا ان لا يثبت حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر اما اذا كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها كالكبيرة فيها لان باقرارها بالحبل حكم ببلوغها **قوله** ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه ولستة اشهر لا يثبت فوجهه كوجهه في الصغيرة وهو ان لعدتها جهة واحدة هي انقضاء اربعة اشهر وعشر فاذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها بها فاذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة اشهر او اكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما اذا جاءت به لاقل على ما عرف ويمنع تعيين الجهة الواحدة في حقها بل لها كل من الجهتين بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل فتتميز ما لم تعترف بالحمل **قوله** واذا اعترفت ظاهر وتقدمت غير مرة

الغرض

لاكثر

ولادة فرجت المتعرج الى لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت نسبه من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد انه منها فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة رحمه ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل او صدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط

وانما لم يثبت اذا اتت به لاكثر من ستة اشهر من وقت الاقرار وان كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لانه من امينات شرعا في اخبارهن عن عدتهن فاذا اخبرت لزم ان تحقق الخلاف قطعا وقوله وهذا اللفظ يتناول باطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق او وفاة ومما يشمل ايضا الآيسة اذا ولدت بعد الرجعي والبائن في كذوات الاقراء يثبت نسب ما تاتي به لاقل من سنتين في البائن ولاكثر منها في الرجعي ما لم تقر بانقضاء العدة فان اقرت بانقضائها مفسرا بثلاثة اشهر ومطلقا في مدة تصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة اشهر ومن وقت الاقرار ثبت النسب والا فلا لان مطلق الاقرار يحمل في الاقراء لما بطل الياس هذا هو المنصوص عليه في فتاوى قاضي خان ان الآيسة تعتد بالاشهر اذا ولدت يثبت النسب ولد لتاتي الطلاق الى سنتين اقرت بانقضاء العدة او لم تقر وكذا نقل عن المرغيناني **قوله** واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان او يعلم اعتراف من الزوج بالولادة او يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة واطلاق الكتاب يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن او رجعي فيوافق تصريح قاضي خان وفخر الاسلام بجريان الخلاف في الرجعي وشمس الائمة فيما صورة المسئلة بان يكون الطلاق بائنا فقال لو ان رجلا طلق امراته ثلاثا او تطليقة بائنة ثم جاءت بولد لبعد الطلاق لسنتين او اقل وشهدت امراة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل ولم يلزمه النسب في قول ابي حنيفة ما لم يشهد رجلان او رجل وامرأتان ونحوه قول صاحب المختلف حيث قال شهادة القابلة على الولادة لا تقبل الا بمؤيد اسے قوله حتى ان المعتدة عن وفاة اذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن اذا كذبها الزوج اسے اخر ما ذكره واتفقوا على قيد انكار الزوج وكذا لو وقع انكار الولادة او الحبل من الورثة فعندهما يثبت بشهادة امراة حرة عدلة وبرث بذلك ويشترط لفظة الشهادة على قولهما عند مشائخ خراسان لانها حجة على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد وقوله في جميع ذلك اى فيما اذا كان حبل ظاهرا اولا او اعتراف من الزوج او لا وهل تقبل شهادة رجل واحد عندهما قيل نعم ولا يفسق كما لو شهد رجلان او رجل وامرأتان وفي جامع قاضي خان وعلى هذا الخلاف كما لا يطلع عليه الرجال واجمع علماؤنا على انه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح وحقيقة الحال انه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش واذا الفراش النكاح لبعد الرجعي قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما اقتصر الا ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه والخلاف انما هو فيما بعد الموت وبالطلاق البائن وبقولهما قال احمد وعند الشافعي يشترط اربع نسوة عدول وعند مالك وابن ابي ليلى امرأتان وجه قولهما ان الفراش قائم لقيام العدة وهو اى الفراش ملزم النسب فيما تاتي به كما قبل الطلاق والحاجة الى شهادة المرأة لتعيين الولد فيتعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق فيقتصر على هذا القدر فيثبت النسب والجامع قيام الفراش وله ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل فصارت اجنبية والفراش المنقضي ليس بحجة بل يصلح وهذه الحجة الضعيفة اعني شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة الى اثبات النسب ابتداء وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بفراشها المستلزمة لثبوت النسب لكونها في وقت يلزم فيه ثبوت النسب شرعا بخلاف ما اذا كان الحبل ظاهرا قبل دعواها وصدر الاعتراف به من الزوج او كان الفراش قائما وقت دعواها الولادة لان النسب ثابت قبل الولادة لما في البطن وبقيام الحبل ظاهرا واعترافا وكذا

وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت لأن الفراش قائم والمدة تامة فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه يصح بدونه

يؤيد شهادة القابلة به وقولهما لا يطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما إذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتا يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدته وفيما إذا لم يتعمد النظر بل وقع اتفاقا وهذا يندفع بما قدمناه من أن شهادة الرجال يستلزم فسقهم فلا تقبل فالحاصل أن حقيقة محل الخلاف أن شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل يكفي للإثبات أو لا بد من أن يتأيد بمؤيد فالوجه أن يحصل الاستدلال عليه ولما فيه قوله عم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه فإنه يتناول الواحدة لأنه جنس وأما الوجه الذي ذكراه فتمامه بإلغاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو يندفع بأنه لا يلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليه إطلاق الحديث والمعروف منه ما رواه ابن أبي شيبة عن الزهري مرسلا مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك وهذا حجة لأنه مرسل وإنما قلنا لأنه مرسل لأن قول الراوي مضت السنة إنما يكون بحكم الرفع إذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا وحديث الدارقطني عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وإن كان بين عبد الملك والأعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المدائني فقد تظافرا وهو ما هو حجة ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة عليها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه أما في حق ثبوت النسب من الميت ليظهر في حق الناس كافة قالوا إذا كانوا أي الورثة من أهل الشهادة بأن يكونوا ذكورا أو ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرين منهم والمنكرين فيطالب غريم الميت بدينه وعن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة أي في مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة وقيل لا يشترط هو الصحيح لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم ولا يراعى للتبع شرائطه إذا ثبت أصالة فعلى هذا لو لم يكونوا من أهل الشهادة لا يثبت النسب إلا في حق المقرين منهم والله أعلم **قوله**

وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح وإن جاءت به لأكثر منها ثبت ولا إشكال سواء اعترف به الزوج أو سكت وكذا إذا جاءت به لتمام الستة بلا زيادة لاحتمال أنه تزوجها وهو يطؤها فوافق الإنزال النكاح والنسب يحتاط في إثباته وهذا من المص خلاف ما تقدم في المبتوتة حيث نفى نسب ما أتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها وصادف الإنزال الطلاق وأجيب عن المص بأن ثبوت النسب هنا لا هناك لحمل أمرها على الصلاح إذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج قد وجبت وهي في العدة وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نسبتها فسادا إذ يجوز كون عدتها انقضت وتزوجت بزوج آخر فعلقت منه وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب أصلا لأن معنى السؤال وجد المقتضي وهو الإمكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما ثبت هنا وأنت علمت أن الوجه ثبوت النسب فيه لوجود المقتضي وهو الإمكان مع الاحتياط **قوله** فإن جحد الولادة يعني فيما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقا أما عندهما فظاهر وعنده لتأيدها بقيام الفراش حتى لو نفاه بعد شهادتها لاعن ولا يكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحدة ليلزم أنه قائم مقام الحد والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان هنا والقضاء يلزم خطأ أبي حنيفة حيث لم يثبت به النسب وأثبت به اللعان بل اللعان إنما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولادة التي ثبتت

فإن ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت هي منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو ابنه لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف وإن قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تطلق لأن شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه ولأنها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق ولأبي حنيفة رحمه الله أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لأنه ينفك عنها وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تشترط شهادة القابلة لأنه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة ولأنه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الأمانة قال وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل

هو نفيه فإنه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد أصلا فضلا عن نفيه لجواز تحققه بدونه وإن اتفق ثبوته وقوعه في ضمن النفي **قوله** وإن ولدت ثم اختلفا فقال تزوجتك لأربعة أشهر وقالت لستة فالقول لها لأن الظاهر شاهد لها وهو أنه ولد من نكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج في عدته وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو إضافة الحادث وهو النكاح هنا إلى أقرب الأوقات لأنه إذا تعارض ظاهران في ثبوت ولان النسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى إنه يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات مع أن ظاهرها متأيد بظاهر وهو عدم مباشرة النكاح الفاسد إذ كان الولد من زوج أو حبل من زنا إن صح على الخلاف فيه ثم لا يحرم عليه هذا النفي لأنه لا يلزم منه تركها عاملا إثبات النسب ليكون إقرارا بالفساد كما إذا تزوجها بلا شهود أو تزوجها وهي حامل من زنا فإنه صحيح على الصحيح ولأن الشرع كذبه حيث أثبت النسب والشرع إذا أكذبه ألغى إقراره فيبطل **قوله** ولم يذكر أي محمد الاستحلاف أي استحلافها وهو على الخلاف المعروف في الأشياء الستة فعندهما تستحلف وعنده لا تستحلف لأن الخلاف واقع في النكاح والنسب **قوله** ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهرا ولا اعترف به لم تطلق عند أبي حنيفة ولكن يثبت النسب اتفاقا لا تطلق عندهما لأن شهادتها حجة في ذلك أي في ثبوت ولادتها للحديث السابق وإذا كانت حجة مقبولة فيها تقبل فيما ينبني عليها وهو الطلاق المعلق به وبهذا التقرير يتبين أن قوله ولأنها لما قبلت في الولادة الخ ليس وجها آخر بل هو تمام الوجه الأول وصار كثبوت الأمومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما إذا قال إن كان بها حمل فهو مني فولدت لغير هذا القول لأقل من ستة أشهر فأنكر ولادتها فشهدت به امرأة وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما إذا جاءت زوجته بولد فقال ليس مني ولا أدري أولدتيه أو لا فشهدت بالولادة امرأة فإنه يجب اللعان إلا أن يكون الزوج عبدا أو حرا محدودا فيحد للقذف ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث وزوال ملكه الثابت فلا بد من حجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست حجة كذلك إلا في موضع الضرورة فهو الولادة ولازمها المختص به فقبلت فيها وثبت النسب وأمومة الولد لأنه حكمه اللازم شرعا أما اللعان فإنما يثبت بالقذف وإن اتفق أنه وقع في ضمن نفي الولد كما تقدم وأما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكما مختصا به فلا يثبت عند هذه الشهادة وكمن اشترى لحما فأخبره مسلم أنه ذبيحة مجوسي يقبل في الحرمة ولا يثبت تنجس المذابح وكقوله إذا حضت فأنت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة وهما حكمان متغايران ويمكن جعل هذا إشكالا على أبي حنيفة فإن طلاقها هي زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا لحيضها بل لازمه الشرعي حرمة قربانها فقد ثبت بقولها لازمه الشرعي وغير لازمه الشرعي المنفك وهو حنثه وسيأتي الفرق ولو كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت بلا شهادة عند أبي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة لأنه لا بد من الحجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة للعلم بأن الحبل تلد بعده ولأنه أقر بأنها مؤتمنة في إخبارها بالولادة حيث أقر بأنها حامل فيقبل قولها في رد الأمانة كما إذا علق بحيضها فقالت حضت فإن ظهر الفرق الدافع للإشكال المذكور وهو أن التعليق إن كان بما هو معلوم الوقوع لتيقن علمه من جهتها كحيضها وبولادتها بعد الإقرار بحبلها أو بظهور حبلها كان التزاما لتصديقها في إخبارها به واعترافا بأنها مؤتمنة وإن لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحبلها سابقا ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند الإنكار إلى الحجة **قوله** وأكثر مدة الحمل سنتان

وأقله ستة أشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة أشهر والشافعي رحمه الله يقدر الأكثر بأربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر أنها قالته سماعا إذ العقل لا يهتدي إليه ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه وإلا لم يلزمه لأنه في الوجه الأول ولد المعتدة فإن العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا إذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله لأنها لا تحل بالشراء ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة

وعند الشافعي ومالك أربع سنين واستدل المصنف بقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل أخرج الدارقطني والبيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك ثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة قالت ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل وفي لفظ قالت لا يكون الحمل أكثر من سنتين الحديث وأخرج الدارقطني ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس إني حدثت عن عائشة أنها قالت لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة كل بطن في أربع سنين ولا يخفى أن قول عائشة رضي الله عنها مما لا يعرف إلا سماعا وهو مقدم على المحكي عن امرأة ابن عجلان لأنه بعد صحة نسبته إلى الشارع لا يتطرق إليه الخطأ بخلاف الحكاية فإنها بعد صحة نسبتها إلى مالك والمرأة تحتمل خطأها فإن غاية الأمر أن يكون انقطع دمها أربع سنين ثم جاءت بولد وهذا ليس بقاطع في أن الأربعة بتمامها كانت حاملا فيها لجواز أنها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت ووجود الحركة مثلا في البطن لو وجد ليس قاطعا في الحمل لجواز كونه غير الولد ولقد أخبرنا عن امرأة أنها وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وإدراك الطلق فحين جلست القابلة تحتها أخذت في الطلق فكلما طلقت اعتصرت بالطلق شيئا فشيئا إلى أن ضمر بطنها وقامت عن قابلتها من غير ولادة وبالجملة فمثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات وما روي أن عمر رضي الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها فقال له معاذ إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنيتاه يشبه أباه فلما رآه الرجل قال ولدي ورب الكعبة فإنما هو لقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه **قوله** وأقله ستة أشهر ولا خلاف فيه للعلماء لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا مع تفصيل الفصال في الآية الأخرى بكونه في عامين فيلزم كون الفاضل ستة أشهر وأورد عليه أنه مخالف لما قرره لأبي حنيفة في الرضاع من أن هذه المدة مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال غير أن المنتقص قام في أحدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة رضي الله عنها فلما قدمنا هناك أنه غير صحيح لما يلزم من أنه يراد بلفظ الثلاثين في الإطلاق الواحد حقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار إفادتين فلعله رجع إلى الصحيح وأجيب بأن هذا دليل ابن عباس رضي الله عنهما ذكره هنا وهو موضع الاستدلال في الحقيقة موردا ولا هو فنقل لعقبه للتنبيه عليه وهو ما روي أن رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس رضي الله عنهما أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله في عامين فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر فدرأ عثمان رضي الله عنه الحد فالتمسك بدرء عثمان مع عدم مخالفة أحد فكان إجماعا وهذا صحيح في نفسه ويفيد تقييده أن المدة لمجموع الحمل والفصال لأنهم رضي الله عنهم حيث سكتوا ورتبوا الحكم باعتباره وهو دليل تمسكه في الرضاع على ذلك الوجه بخلافه فيتجه للشافعي على المصنف **قوله** ومن تزوج أمة فطلقها أي بعد الدخول واحدة بائنة أو رجعية ثم اشتراها قبل أن تنقضي عدتها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه أي ثبت نسبه منه ولفظ يوم لعدمه مستغنى عنه وقيدنا بعد الدخول والواحدة لأنه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد إلا أن يجيء به لأقل من ستة أشهر منذ فارقها لأنه لا عدة لها وبعده والطلاق ثنتان يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف **قوله** وإلا أي إن لم تجئ به لأقل بل لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق لم يلزمه إلا أن يدعيه **قوله** لأنه في الوجه الأول وهو ما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق سابقا على الشراء

فهي ام ولد له لان الحاجة الى تعيين الولد وثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امرأته فهي امرأته وهو ابنه

وولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة وهذا لان الطلاق اذا
جعل كان واحدة حل له وطؤها بعد الشراء اذ لا تظهر عدتها في حقه لانها معتدة والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضى بالعلوق من اقرب الاوقات لان
فيما زاد عليه شكا واقرب الاوقات ستة اشهر واعتبارها في الاول يوجب انه ولد المعتدة وفي الوجه الثاني يوجب انه ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة
بخلاف ما لو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء لان به تحرم الامة حرمة
غليظة فلا يحل الشراء لان محل الحرمة حرمة غليظة مغياة بنكاح زوج آخر على ما عرف فتعذر القضاء بالعلوق من اقرب الاوقات لانه قضاء بوطئها
بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرها على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة
ثم اذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وان جاءت به بعشر سنين بعد الطلاق تحاكته لعدكونه لاقل من ستة اشهر من الشراء وان كان
بائنة يثبت الى اقل من سنتين او تمام السنتين بعد كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء واعلم ان ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق
يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم اعتقها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ اشتراها لم يثبت النسب
الا ان يدعيه الزوج لان النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت الشراء الا بدعوة والعتق ما
زادها الا بعدا منه وعند محمد يثبت النسب الى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة لكنها لا تظهر في حقه للملك
وبالعتق ظهرت وحكم معتدة عن بائن لم تقر بانقضاء عدتها ذلك ولو جاءت به لاقل من ستة اشهر لزمه للعلم بثبوته قبل الشراء وان كان لاكثر
من سنتين من العقد وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ باعها فعند ابي يوسف لا يثبت النسب وان ادعاه
الا بتصديق المشتري لما مر ان النكاح بطل وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق الا انه هنا لا يثبت بلا دعوة لان العدة
ظهرت ثمة ولم تظهر هنا ولو اسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاسلام فنفاه
لاعن ويقطع نسب الولد منه وان احتمل علوقه قبل الاسلام وباعتباره لا لعان لكن العلوق حادث والاصل في الحوادث ما قلنا
وكذا حرة تحته امة اعتقها مولاها فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاعتاق فنفاه الزوج لاعن وان
احتمل العلوق قبل الاعتاق فان قيل ما ذكرتم ينتقض بمسائل احدها ما لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت
احداهما لاكثر من ستة اشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ابهامه ولا تتعين ضرتها للطلاق ذكره في الزيادات
وثانيها ما لو قال لها اذا حبلت فانت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق وكذا لو كان هذا في تعليق العتاق
بالحبل وثالثها المطلقة الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا ولو كانت الحوادث تضاف الى اقرب
الاوقات لثبتت هذه الاحكام اعني البيان والطلاق والرجعة قلنا الحوادث انما تضاف الى اقرب الاوقات اذا لم يتضمن ابطال ما كان
ثابتا بالدليل او ترك العمل بالمقتضي اما اذا تضمنت فلا فمتى عولت على ما قلنا ثم استقريت المسائل وجدت الامر عليه ففي ثبوت الطلاق
في الصورتين الاوليين ابطال ما كان ثابتا بيقين بلا يقين وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استنكاره الرجعة
بغير القول **قوله** فهي ام ولده بالاجماع لان سبب وجود النسب قد وجد وهو الدعوة والحاجة الى تعيين الولد وشهادة القابلة

ترثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطي عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث

باب حضانة الولد ومن احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رض بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قال حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون

حجة في ذلك بالاجماع اي باتفاق اصحابنا هذا اذا ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولو ولدته لستة اشهر او اكثر لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول لتيقننا ببقائه في البطن وقت القول فيتيقنا بالدعوى **قوله** ترثانه الخ فان قيل ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح غير متنوع الى ما هو سبب استحقاق الارث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه واذا ثبت الشيء ثبت بلازمه الشرعي والا لم يكن لازما بخلاف نكاح الامة والكتابية **قوله** وجه الاستحسان ان المسئلة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بحرية الاصل وانها ام الولد واذا ثبت كونها حرة وهي ام ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لانه الموضوع لحصول الاولاد دون الفاسد والوطي لشبهة فهما احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها لانه لما ثبت النكاح وجب الحكم ببقائه ما لم يتحقق زواله **قوله** فلا ميراث لها قال التمرتاشي ولكن لها مهر المثل لانهم اقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها ام ولد بقولهم **قوله** لا في استحقاق الارث فلا يقضي به كالمفقود يجعل حيا في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة الى غيره حتى لا يرث من احد والله اعلم

باب حضانة الولد ومن احق به لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب احوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد **قوله** واذا وقعت الفرقة الخ وهو على الاطلاق في غير ما اذا وقعت بردتها لحقت او لا لانها تحبس وتجبر على الاسلام فان تابت فهي احق به وما اذا لم تكن اهلا للحضانة بان كانت فاسقة او تخرج كل وقت وتترك البيت ضائعا او كانت امة او ام ولد او مدبرة او مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة او متزوجة بغير محرم وما اذا كان الاب معسرا وابت الام ان تربي الا باجر وقالت العمة انا اربي بغير اجر فان العمة اولى هو الصحيح **قوله** لما روي ان امرأة في سنن ابي داود من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال عم انت احق به ما لم تنكحي رواه الحاكم وصححه عمرو وهذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فاذا اراد بجده محمدا كان مرسلا واذا اراد عبد الله كان متصلا فما لم ينص عليه يصير محتملا للارسال والاتصال وهنا نص على جده عبد الله وحجر الانسان بالفتح والكسر والحواء بالكسر بيت من الوبر والجمع الاحوية **قوله** ولان الام اشفق عليه ابدا الحكمة خصوص هذا الشرع وانما كانت اشفق لانه كان جزءا لها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض واقدر على الحضانة لتبتلها بمصالحه والرجل اقدر على الاكتساب فاذا حبلت نفقته عليه اذا لم يكن هو له مال وجعل عندها **قوله** واليه اشار الصديق الخ يشير الى ما في موطأ مالك ثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر امرأة من الانصار فولدت له عاصما ثم فارقها عمر رض فركب يوما الى قبا فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فاخذه بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فادركته جدة الغلام فنازعته اياه فاقبلا حتى اتيا ابا بكر رض فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال ابو بكر رض خل بينه وبينها فما راجعه عمر رض الكلام وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقي وزاد ثم قال ابو بكر رض سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا توله والدة عن ولدها وفي مصنف ابن ابي شيبة ثنا ابن ادريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم ان عمر ابن الخطاب رض طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن ابي الافلح فتزوجت فجاء عمر رض فاخذ

والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليه لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم تكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن ام الام فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للولاد فان لم تكن له جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها

ابنه فادركته شموس ام الفتية عاصم الانصارية وهي ام جميلة فاخذته فترافعا الى ابي بكر فقال خل بينها وبين ابنها فاخذته ولابن ابي شيبة ايضا عن عمر انه طلق ام عاصم ثم اتى عليها وفي حجرها عاصم فاراد ان ياخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا الى ابي بكر فقال له مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه **قوله** والنفقة على الاب على ما نذكر اسے في باب النفقة وهذا اذا كان حيا وان كان ميتا فعلى ذوي الرحم الوارث على قدر المواريث **قوله** ولا تجبر يعنى اذا طلبت الام فهي احق به فان ابت لا تجبر على الحضانة وهو قول الشافعي واحمد والثوري ورواية عن مالك وفي رواية اخرى وهو قول ابن ابي ليلى وابي ثور والحسن بن صالح تجبر واختاره ابو الليث والهندواني من مشائخنا لان ذلك حق الولد قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين والمراد الامر وهو للوجوب والمشهور عن مالك تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالارضاع وتجبر التي هي ممن ترضع فان لم يوجد غيرها او لم ياخذ الولد ثدي غيرها اجبرت بلا خلاف ويجبر الاب على اخذ الولد بعد استغنائه عن الام لان نفقته وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى فاذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب او محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولانها عسى ان تعجز عنه لكن في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد لو اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان هذا حق الولد ان يكون عند امه ما كان اليها محتاجا بهذا اللفظ فافاد ان قول الفقيهين جواب الرواية واما قوله تعالى فسترضع له اخرى فليس الكلام في الارضاع بل في الحضانة قال في التحفة ثم الام وان كانت احق بالحضانة فانه لا يجب عليها ارضاعه لان ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد الا ان لا يوجد من يرضعه فتجبر **قوله** فان لم تكن ام اي لم تكن له ام تستحق الحضانة بان كانت غير اهل للحضانة او متزوجة بغير محرم او ماتت فام ام الولد اولى من كل احد وان علت وعن احمد ام الاب اولى واستضعف بان ام الام تدلي بالام وهي المتقدمة على الاب فمن يدلي بها اولى واحق ممن يدلي به فان لم يكن للام ام فام الاب اولى ممن سواها وان علت وعند زفر الاخت الشقيقة او الخالة اولى منها وعن مالك الخالة اولى من الجدة لاب لما في الصحيح ان عليا وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال علي انا احق بها هي ابنة عمي وقال زيد بنت اخي وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام وقال لعلي انت مني وانا منك وقال لجعفر اشبهت خلقي وخلقي وقال لزيد انت اخونا ومولانا ورواه ابو داود وقال فيه انما الخالة ام ورواه اسحق بن راهويه وقال بعد قوله واما انت يا زيد فاخونا ومولانا والجارية عند خالتها فان الخالة والدة قلنا هذا كله تشبيه فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة او غيره الا ان السياق افاد ارادة الاول فيبقى اعم من كونه في ثبوت اصل الحضانة او كونها احق به من كل من سواها ولا دلالة على الثاني والاول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بانها احق من احد بخصوصه اصلا ممن له حق في الحضانة فيبقى المعنى الذي عيناه بلا معارض وهو ان الجدة ام ولهذا تحرز ميراث الام من السدس وغلبة الشفقة تتبع الولادة ظاهرا فكانت متقدمة على الاخوات والخالات فان لم يكن جدة سفلى ولا عليا فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات في الابوين واولئك بنات الاجداد والجدات والشقيقة اولى من غيرها والتي لام اولى من الاخت لاب وبعد الاخت لاب

لكونها

لما روينا ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر إليه شزرا فلا نظر قال إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لأنه قام مقام أبيه فينظر له وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية لأن المانع قد زال فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم أقربهم تعصيبا لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والأم والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والأب أقدر على التأديب والتثقيف والخصاف رح قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى وعن محمد رح أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة

الخالة وفي رواية كتاب الطلاق الخالة أولى من الأخت لأب لأنها تدلي بالأم وتلك بالأب وفي رواية كتاب النكاح الأخت لأب أولى من الخالة اعتبارا لقرب القرابة وتقديم المدلي بالأم على المدلي بالأب عند اتحاد مرتبتهما قرابة فعلى رواية كتاب النكاح يدفع بعد الأخت لأب إلى بنت الأخت الشقيقة ثم إلى بنت الأخت لأم ثم إلى بنت الأخت لأب ثم إلى الخالة الشقيقة ثم إلى الخالة لأم ثم لأب ثم العمات على هذا الترتيب ثم إلى خالة الأم لأب وأم ثم لأم ثم لأب ثم إلى عماتها على هذا الترتيب وخالة الأم أولى من خالة الأب ثانيا ثم خالات الأب وعماته على هذا الترتيب وقد تبين أن أولاد الأخت لأب وأم أحق من الخالات والعمات وأن الأخت لأب أحق من ولد الأخت الشقيقة وبنات الأخت أولى منها من بنات الأخ لأن بنت الأخت تدلي إلى من له حق الحضانة وأما بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة لأن قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية **قوله** لما روينا وهو قوله عم ما لم تتزوجي والنزر القليل والشزر نظر البغض ولو ادعى أن الأم تزوجت وأنكرت فالقول لها ولو أقرت بالتزوج إلا أنها ادعت الطلاق وعود حقها فإن لم تعين الزوج فالقول لها وإن عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج **قوله** فاختصم المقصود أنه إذا لم يكن للصغير امرأة من أهله وجب الانتزاع من النساء أخذه الرجال وأولاهم أقربهم تعصيبا لأن الولاية عليه بالقرب وإذا كان إذا استغنى عن الحضانة كان الأولى بحفظه أقربهم تعصيبا وقد عرف في موضعه أي في الفرائض وأولى العصبات الأب ثم الجد أب الأب وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب وكذا كل من سفل من أولادهم ثم العم شقيق الأب ثم لأب فأما أولاد الأعمام فإنه يدفع إليهم الغلام فيبدأ بابن العم لأب وأم ثم ابن العم لأب لا تدفع الصغيرة إليهم لأنهم غير محارم وإنما يدفع إليهم الغلام وإذا لم يكن للصغيرة عصبة يدفع إلى الأخ لأم ثم إلى ولده ثم إلى العم لأم ثم إلى الخال لأب وأم ثم لأب ثم لأم لأن لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة رض في النكاح ويدفع الذكر إلى مولى العتاقة لأنه آخر العصبات ولا تدفع الأنثى إليه ولو كان في المحارم من الإخوة والأعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق في الإمساك كذا في الكافي وإذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كإخوة وأعمام فأصلحهم أولى فإن تساووا فأسنهم وفي الفتاوى الصغرى فإن لم يكن عصبة فإلى ذوي الأرحام على الترتيب **قوله** حتى يأكل الخ الذي في الأصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفي بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده فضم المص أي ما تقدم وفي نوادر ابن رستم يتوضأ وحده وذكر شمس الأئمة لا بد من أن يستنجي وحده ليحصل الاستغناء ثم من المشايخ من قال المراد من الاستنجاء تمام الطهارة بأن يطهر وجهه وحده بلا معين ومنهم من قال بل من النجاسة وإن لم يقدر على تمام الطهارة **قوله** والخصاف رح قدر الاستغناء بسبع سنين وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لأنه قيل إنه يقدر بتسع لأن الأب مأمور بأن يأمره بالصلوة إذا بلغها وإنما يكون ذلك إذا كان الولد عنده ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي أحدهما ولكن ينظر إن كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع وإلا فلا **قوله** وعن محمد رح أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة وهي رواية هشام وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان وعن أبي يوسف مثله واختلف في حد الشهوة ليبني عليها

ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة لم يخيروا واما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه عليه السلام او يحمل على ما اذا كان بالغا

اخذ الاب وثبوت حرمة المصاهرة قالوا ابنت تسع مشتهاة وخمس ليست مشتهاة وست وسبع وثمان ان كانت عبلة مشتهاة والا فلا **قوله** ومن سوى الام والجدة يعني الجدتين من قبل الام والاب **قوله** لانها لا تقدر على استخدامها شرعا وتعليم اداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب وانما يحصل بالاستخدام بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليها شرعا ولذا جاز ان يواجرها قال الحاكم الجليل الشهيد وان كانت البكر دخلت في السن واجتمع عقلها ورايها وامرها مخوف عليها فلها ان تنزل حيث احبت في مكان لا تخوف عليها **قوله** والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد وحال الحرة فيه انه ان كان الولد رقيقا كان مولاه احق به منها وان كان حرا كانت احق به من الزوج بعد الطلاق ومن مولاه ان كان له مولى اعتقه ومن مولاها ان كان ابنها منه قبل عتقها ولو فارقها زوجها وهي امة فالولد لمولاها وهو اولى به من الاب لانه مملوكه وان كان الزوج حرا وكذا ان كان الزوج حرا ولم يفارق امه فالمولى احق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين امه للنهي عن ذلك ذكره في الكافي وفي التحفة المكاتبة ان ولدت قبل الكتابة لا حق لها وان لعبده فهي اولى به لدخوله تحت الكتابة **قوله** او يخاف بالرفع استئنافا وفي بعض النسخ او يخف بالجزم عطفا على ما لم يعقل وتمنع ان تغذيه الخمر او لحم الخنزير وان خيف ضم الى ناس من المسلمين ويروى بالنصب ايضا على معنى الا ان يخاف شاية في قوله لالزمنك او تقضيني حقي ولكن هذا في او لا الواو وقال الشافعي واحمد ورواية عن مالك لا حضانة لها والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وابي ثور وقوله للنظر بعد ذلك دافع لقولهم وحاصله ان لا انظر للصغير ان يكون عند الام لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التبتل بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بما ذكرنا **قوله** ولا خيار للغلام يعني اذا بلغ السن الذي يكون الاب احق به كسبع مثلا اخذه الاب ولا يتوقف على اختيار الغلام وكذلك عند الشافعي يخير الغلام في سبع او ثمان وعند احمد واسحق يخير في سبع فاذا اختار احدهما وسلم اليه ثم اختار الآخر فله ذلك فان عاد واختار الاول اعيد اليه هكذا ابدا قال في المغني وهذا لم يقل به احد من السلف في المعتوه لا يخير ويكون عند الام **قوله** لان النبي صلى الله عليه وسلم خير اخرج الاربعة عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين امه وابيه قال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي داود والنسائي فيه قصة لابي هريرة قبل ان يروي الحديث حاصلها انه خير غلاما في واقعة رفعت اليه ثم روى الحديث ولفظه سمعت امراة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وانا قاعد عنده فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بئر ابي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت به واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر واجاب عن الحديث بوجهين احدهما انه عليه السلام دعا ان يوفق لاختيار الانظر على ما رواه ابو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن ابيه عن جده رافع بن سنان انه اسلم وابت امراته ان تسلم فجاء بابن لهما صغير لم يبلغ فاجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب ههنا والام ههنا ثم خيره وقال اللهم اهده فذهب الى ابيه وفي لفظ آخر انه اسلم وابت امراته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي فهي فطيم وقال رافع ابنتي فاقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية والاب ناحية واقعد الصبية ناحية وقال لهما ادعواها فمالت الصبية الى امها فقال

فصل وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الإضرار بالأب
إلا أن تخرج به إلى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لأنه التزم المقام فيه عرفا وشرعا

حم اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها واخرجه الدارقطني من طريق ابي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة واخرج ابن ماجه والنسائي في سننه عن اسمعيل بن ابراهيم بن علية ثنا عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن ابيه عن جده ابي سلمة ان ابوين اختصما في ولد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم احدهما كافر فخيره والنبي صلى الله عليه وسلم فتوجه الى الكافر فقال اللهم اهده فتوجه الى المسلم فقضى له به قال ابن القطان بعد ذكر الروايتين في انه غلام او جارية ولعلهما قضيتان قال وقد روي من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن ابيه عن جده عن ابويه اختصما فيه رواه ابن ابي شيبة ورواه غيره وقال فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ولا يصح ذلك لان عبد الحميد بن سلمة واباه وجده لا يعرفون ولو صحت لانبغى ان يحمل خلافا لرواية اصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فانهم ثقات وهو وابوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف وافاد ان المراد بقوله عن ابيه عن جده جد ابيه قال فانه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن رافع بن سنان ونحن نقول انه اذا اختار من اختاره الشرع دفع له لكن الوقوف على ذلك متعذر بتخيير غيره صلى الله عليه وسلم مع دعائه فيجب لعدم اعتبار مظنة الانظرية وهو فيما قلنا ثانيهما انه كان بالغا بدليل الاستغناء عن بير ابي عنبة ومن دون البلوغ لا يرسل الى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وعجزه عنه غالبا ونحن نقول اذا بلغ فهو مخير بين ان ينفرد بالسكنى وان يكون عند ايهما اراد اللهم الا ان يبلغ سفيها مفسدا فيضمه الى نفسه اعتبارا لنفسه بماله ولا نفقة له على الاب الا ان يتطوع اما الجارية فان بلغت بكرا ضمها الى نفسه لانها عرضة بعد وان بلغت ثيبا ولها ان تنفرد بالسكنى الا ان تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فللاب ان يضمها اليه وكذا الاخ والعم الضم اذا لم يكن مفسدا فان كان فيضعها القاضي عند امرأة ثقة ولهذا صح ان الصحابة رض لم يخيروا اشار الى ما تقدم من قصة عمر رض مع ابي بكر رض وما اسند عبد الرزاق عن عمر انه خير ابنا فاختار امه فانطلقت به محمول على انه عرف ميل الابن الى امه وهي في الواقع احق بحضانته فاحب تطييب قلب الاب من غير مخالفة للشرع فخيره ويدل عليه ما تقدم انه لم يراجع ابا بكر رض الكلام والجواب ان عدم المراجعة ليس دليلا لان ابا بكر رض كان اماما يجب نفاذ ما يحكم به من رأيه وان خالفه رأي المحكوم عليه فالوجه ما ذكرناه ليوافق المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما قدمناه اول الباب

فصل اذا ثبتت حق الحضانة للام فارادت ان تخرج بالولد الى بلد آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لان حق السكنى له بعد ايفاء معجل المهر خصوصا بعد ما خرجت معه وان كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلد التي تريد الخروج اليه بلدها وقد وقع العقد فيها او لا ففي الاول ليس للاب منعها وان بعدت كالكوفة من الشام الا ان يكون دار حرب وهو مسلم او ذمي وان كانت هي حربية ولو كان كلاهما مستأمنا جاز لها ذلك لانه لما عقد به فالظاهر انه يقيم به فظهر انه اذا خرج بعد ذلك وقد اعطاها المهر وجب عليها المتابعة او تابعته بلا وجوب واذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الامر الى الاول ولو كانت الاولاد فيها بان تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له اولادا فخرج بهم الى الكوفة ثم طلقها فخاصمته فيهم ليردهم اليها فان اخرجهم باذنها ليس عليه ان يجيء بهم اليها ويقال لها اذهبي اليهم فخذيهم وان كان بغير اذنها فعليه ان يجيء بهم اليها وفي الثاني له منعها سواء كان مصرها ولم يقع العقد فيه او عقد فيه وليس مصرها على اصح الروايتين كما سيذكره المص الا ان تخرج

قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذه رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح والحاصل انه لابد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا بأس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

اي مصر قريب بحيث لو خرج الاب لمطالعة الولد امكنه ان يبيت في اهله او قرية كذلك وكان العقد في قرية لانه كالانتقال من دار الى دار في حارة وان لم يكن العقد في قرية بل في مصر فليس لها اخراجه اي الى القرية بالقربة هذا فيما بين الاب والام اما لو كانت الام ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها ان تنتقل بالولد الى مصرها لانه لم يكن بينهما عقد وكذا ام الولد اذا اعتقت لا يخرج الولد من المصر الذي فيه الغلام لانه لا عقد بين الاب وام الولد ولنتكلم على فصول الكتاب **قوله قال** عم في مسند ابن ابي شيبة ثنا المعلى بن منصور عن عكرمة عن ابراهيم الازدي عن عبد الرحمن بن الحرث بن ابي ذباب عن ابيه ان عثمان رض صلى بمنى اربعا ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تأهل في بلدة فهو من اهلها يصلي صلوة المقيم واني تأهلت منذ قدمت مكة ورواه ابو يعلى كذلك ولفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تزوج الرجل ببلد فهو من اهله وانما اتممت لاني تزوجت بها منذ قدمتها وقد ضعف عكرمة الازدي **قوله** ولهذا يصير الحربي به ذميا ظاهره ان بالتزوج يصير الحربي ذميا ووقع في الكافي بانه خلاف المصرح به بل لا يصير الحربي بالتزوج في دار الاسلام ذميا لانه لا يستلزم التزام المقام لتمكنه من الطلاق والعود وانما ذلك في الحربية اذا تزوجت في دار الاسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاما انما يصح بحمل الحربي على ارادة الشخص الحربي فيصح مرادا به الحربية وتجويز ان يكون مرجع الضمير التزام المقام قال وهو ظاهر لو سبق الكلام له وفي النهاية وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المص هذه الجملة بالافصل **قوله** وان ارادت الخروج بقوله فهو منهم وما ذكر هنا في بعض النسخ وقع سهوا انتهى وعلى هذا احتاج الى التكلف لتوجيهه بما قلنا ولغيره وتحميل المص اياه مع انه لا يصح لان مرجع الضمير ان كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح الا استتباع بتزوجه المرأة الحربية على صيرورته من اهلها والحال ان صيرورتها كذلك لامر يخصها لا يوجد في حقه وان كان التزام المقام فليس السوق لاثباته **قوله** اشار في الكتاب اي القدوري وقيل المبسوط والاول اولى لانه معتاد المص ولا يستفاد الثاني لعدم المعهودية ووجهه ان قوله الا ان تخرج بها الى وطنها يفيد ان غيره داخل في الحظر والذي وقع فيه التزوج غير وطنها وقوله وهو رواية كتاب الطلاق اي من الاصل وفي العكس وهو ما اذا ارادت الانتقال الى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات **قوله** كما يوجب البيع التسليم في مكانه اي اذا كان المبيع في ذلك المكان لا مطلقا فان في الفتاوى من باع شعيرا والشعير بالقرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد وان لم يعلم فهو بالخيار ان شاء سلم في مكانه وان شاء فسخ ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار **قوله** فكذا حق امساك الاولاد لان الاولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات في مكان العقد اعتبارا للثمرات بالاحكام من وجوب التسليم والتسلم **قوله** تفاوت اي البعد وفي عكسه وهو ان تنتقل من المصر الى القرية لا يجوز وان كانت القرية قريبة الا اذا وقع العقد فيها وهي قريتها فلها ذلك ذكره في شرح الطحاوي وفي شرح البقالي ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك اولا والاول هو المنصوص ذكره حاكم الشهيد في الكافي الذي هو كلام محمد اذا كان اصل النكاح في رستاق وله قرى متفرقة فارادت ان تخرج بهم من قرية الى قرية فلها ذلك ان كانت القرى قريبة ينظر بعضها الى بعض ما لم يكن له في ذلك قطيعة من ابيه اذا اراد ان ينظر اليه من يومه واذا ارادت ان تخرجه من مصر الى

باب النفقة

قال النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل فى ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام فى حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضى والعامل فى الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوى فيها المسلمة والكافرة ويعتبر فى ذلك حالهما جميعا قال العبد الضعيف وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخى رح يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعى رح لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابى سفيان خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة واما النص فنحن نقول بموجبه انه يخاطب بقدر وسعه والباقى دين فى ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط

الى قرى فان كانت قريبة منها فليس لها ذلك الا ان يكون النكاح واقع فى تلك القرى وفيه ايضا وليس للمرأة ان تشترى لولدها وتبيع و

انكانت احق به الا ان يكون وصية والله سبحانه اعلم

باب النفقة النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت او من النفاق الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت وذكر الزمخشرى ان كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفى ونفد وفى الشرع الادرار على الشئ بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير باسباب الزوجية والقرابة والملك فبدأ بالزوجات اذ هى الاصل فى ثبوت النفقة للولد لانه فرعها ثم بالسبب الابعد والاصل فى ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن قيل هى الزوجات وقيل هى المطلقات والاول هو الظاهر وقال الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها وقال الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود واسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وقال عم فى خطبته بعرفة فى حجة الوداع كما قدمناه فى ضمن حديث جابر الطويل فى الحج فاتقوا الله فى النساء فانهن عوان واخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وغيره وفى الصحيح ان هندا ابنة عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى ابنى الا ما اخذت من ماله بغير علمه فقال عم خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك والاحاديث كثيرة فى الباب وعليه اجماع العلماء وما نقل عن الشعبى رح من قوله ما رايت احدا اجبر على نفقة احد يجب تاويله والله اعلم بصحته **قوله** وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره اى المنفعة ترجع الى غيره كانت نفقته عليه فخرج الرهن فان نفقته على الراهن لان منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر انه فاسد رجع عليها بما اخذت اما لو انفقت عليها بلا فرض القاضى فلا يرجع وفى الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوجت منه ان لم يقر بان الحبل منه كان النكاح فاسدا عند ابى يوسف وعندهما يصح فتستحق النفقة وذكر فى موضع آخر لا تستحقها عندهما ايضا لانه ممنوع عن وطئها وان اقر انه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم اصله فى المحرمات والله اعلم **قوله** اصله العامل فى الصدقات والمفتى والوالى والقاضى والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا قاموا بدفع عدو المسلمين والنساء محبوسات صيانة للمياه عن الاشتباه فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كن او لا ولو غنيات **وقوله** اذا سلمت نفسها فى منزله ليس شرطا لازما فى ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطالبها الزوج بانتقالها فان طالبها فامتنعت بحق لها كمهرها لا تسقط النفقة ايضا وان كان بغير حق لا نفقة لها للنشوز وقال بعض المتاخرين لا نفقة لها حتى تزف الى منزل الزوج وهو رواية عن ابى يوسف واختارها القدورى وليس الفتوى عليه وقول الاقطع الشيخ ابى نصر فى شرحه ان تسليمها نفسها شرط بالاجماع منظور فيه ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو انه اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هى تجب النفقة لانها سلمت نفسها ولكنه رضى ببطلان حقه حيث ترك نقلها فلا يسقط حقها **قوله** وعليه الفتوى اختار المص قول الخصاف وقول الكرخى هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشائخ ونص عليه محمد رح وقال فى التحفة انه الصحيح والاخفاء فى وجوب نفقة اليسار فى يسارهما والاعسار فى اعسارهما وانما يظهر الخلاف فى الاختلاف كما اذا

وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى لتقديره كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ما يوجبه
كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة
لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة لها

كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه وعلى ظاهر الرواية تجب في الاول نفقة الاعسار
لانها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين وفي الثاني نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الاقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاف
بل ترك ما اذا كانت موسرة والزوج معسرا وكانه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى ح ان يقول فان كان
احدهما موسرا والآخر معسرا او اقتصر في الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها وهو الفقه يعني ان النبي صلى الله عليه وسلم رد الاعتبار الى حالها فقط
يعني اذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث بطل قولكم يعتبر حاله فقط ثم اعتبار حاله ثابت لا بد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله
والقائل باعتبار حالها فيلزم اعتبار حالهما ولم يرد عليه ان حديث هند خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله مطلق
في اعتبار حال الموسر معسرة كانت الزوجة او لا والمعسر موسرة كانت او لا فاعتبار حالهما زيادة موجبة لتغيير حكم النص اذ لو تجب الزيادة في موضع يقتضي
النص فيه عدمها وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز واجاب المصنف بهذا بقوله اما النص فنقول بموجبه انه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته
فانه يفيد ان المفاد بالنص اعتبار حاله في الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفي اعتبار حالها في القدر الواجب لها والحديث افاده فلا
زيادة على النص لان موجبه تكليفه باخراج قدر حاله والحديث افاد باعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فجمعنا بان يكون الواجب عليه اكثر مما
اذا كانت موسرة وهو معسر يخرج قدر حاله فبالضرورة يبقى الباقي في ذمته اللهم الا ان نقول يجوز عليه السلام بان زوجها كان موسرا فلم ينص على حاله واطلق
لها ان تاخذ كفايتها وهذا ليس فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث يتجه بالنسبة الى هذه الآية اما بالنسبة الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره
فلا لانه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله الا ان هذه في المتعة لا في النفقة ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على انها ليست مسلوكا بها مسلك
الكسوة بل هي بدل نصف المهر او ان قوله تعالى متاعا بالمعروف الآية يفيد بالقدرتين اي على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر وهذا لان المعروف
ان لا يدفع للفائقة ما يدفع للفقيرة قوله وهو الواجب اي الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالها فقد يقال لا يتمشى على جميع اقسام تفسير قول الخصاف رح
بل في اوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا اوسط واما في يسارهما
فيمكن ان يقال يجب النفقة هي وسط في اليسار واما في اعسارهما فيجب اليها نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد فانه اذا فرض ان اعسارهما
نهاية في الاعسار فانما تجب النهاية فيه لان اعتبار حاله وحالها لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف في قوله عليه السلام خذي من ماله
بالمعروف ما يكفيك وما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف في متوسطة الحال ان كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ولك ليساره وعند
نهاية اعسارها واعساره المعروف دون المتوسط فيه والحاصل ان على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت و
اعتبار الحال من اليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا ماد وما قوله لان ما وجب
كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه لانه يختلف باختلاف الطبائع واحوال الناس وباختلاف الاوقات وفي المبسوط في كل جواب عرف من اعتبار
حاله او حالها في النفقة فهي الكسوة مثله واذا اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قول الزوج في المعسر كذا في الاصل واشار
شيخ الاسلام الى ان القول قولها انه قادر وهو ما ذكره محمد في الزيادات ومن المتاخرين من قال ينظر الى زيه وزيها الا في العلوية
والفقهاء واذا كان القول قوله ولا بينة لها فسالت القاضي ان يسال عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي فان فعل فاتاه

حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها

عنه انه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر الا ان يخبره بذلك عدلان انهما على ذلك فيكونان بمنزلة الشاهدين فان اخبراه من ورائه لم يؤخذ بقولهما فان اقامت البينة انه موسر واقام الزوج انه محتاج اخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا في كافي الحاكم **قوله** حتى تعود الى منزله يفيد ان النشوز المستعقب لسقوط النفقة المأخوذ فيه خروجها عن منزله والتحرير ان المأخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء الى المنزل سواء كان ابتداء خروجها او منعت ان تجيء الى منزله ابتداء او بعد ايفائه معجل مهرها او عدم تمكينها اياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل ان تسأله ان يحولها الى منزله او يكتري لها منزلا فان كانت ساكنة في ذلك لتنتفع بملكها فأبى منفعة الدخول كان لها النفقة وفي الفتاوى لو قالت انما خرجت لانك ساكن في ارض مغصوبة لا تكون ناشزة وفي فتاوى النسفي لو كان بسمرقند وهي بنسف فبعث اليها اجنبيا ليحملها اليه فأبت لعدم المحرم لها النفقة **قوله** لا يستمتع بها اي لا توطأ وصرح في الذخيرة بان المراد من الاستمتاع الوطء وبه قيد الحاكم قال لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها الى ان تصير الى حالة تحتمل الوطء سواء كانت في بيت الزوج او الاب واختلف فيها فقيل اقلها سبع سنين وقال العتابي اختار مشائخنا تسع سنين والحق عدم التقدير فان احتماله يختلف باختلاف البنية وعلى قولنا جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم وفي قول له تجب وان كانت في المهد لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية قلنا اما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فمرجع الضمير الوالدات فلا يتناول الصغائر واما قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فانما فيه الامر بالانفاق يعني على من يستحقها ولم يعين من يستحقها فثبوت من يستحقها من خارج على انه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد لبعضهن الا يرى ان ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فيعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه واما حديث جابر فقوله وهو فيه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن ونقول لا يحل فرج من لا تطيق الجماع فانه اهلاك او طريقه ولو سلم فالاتفاق على ان عمومه غير مراد فان الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه وحاصله ان الزوجة اجنبية فاستحقاقها النفقة اما ان يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره الحاقا للملك القاصر بالملك الكامل في المرقوقة او لاحتباسها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج اعني الوطء او دواعيه او لاحتباسها مطلقا لا يجوز الاول لان ايجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بسبب ملك ناقص اذ ليس هو في معناه الا ان يكون ايجابها في الكامل لمعنى تضمنه فهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على احد الاوجه التي ذكرناها وسنوردها وجها وجها وايضا عوض الملك هنا المهر فلا يكون النفقة ايضا عوضا والا اجتمع عن المعوض الواحد عوضان ولا يمكن جعل المعوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوجها على الف وعبد لان الملك معوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت ايضا كذلك وذلك المهر دون النفقة لانها تجب شيئا فشيئا ولو كانت جزءا من العوض لزم جهالة احد العوضين فانما تجب بحادث شيئا فشيئا وهو الاحتباس نظرا الى الغاية وهو الطريق المعهود وعلى هذا يجب ان يقول النفقة في المرقوقة ايضا جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملته الوطء ان امكن لا الملك وهذا حق الا يرى انه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الاخير لانتقاضه بالناشزة ولا ما قبله لفرض انتفاء الدواعي بانتفاء كونها ممن يوطأ واما الثاني فهو العلة لظهور اثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم وانما لم نقل فتعين الثاني عقيب ابطال الاقسام لئلا يكون مبرزا لما اثبته المناسبة لظهور الاثر له في الاصدة السير وانما هو في الحقيقة هنا

وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف
المريضة على ما نبين وقال الشافعي لها النفقة لأنها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض
واحد فلها المهر دون النفقة وإن كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطي وهي كبيرة فلها النفقة من ماله لأن التسليم تحقق منها وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين وإذا حبست
المرأة في دين فلا نفقة لها لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه وكذا إذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن أبي يوسف أن لها
النفقة والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف أن لها النفقة لأن إقامة
الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر
ولا يجب الكراء لما قلنا وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان
أن الاحتباس قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فأشبه الحيض وعن أبي يوسف أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا يجب لأن التسليم لم يصح

عليه بها لشهوة اشده والطال ما عينوه بذا وقد تعقب بالرتقاء والقرناء والتي أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطيها لكبرها فإن لهن النفقة ولا اعتبار
للوطي أجيب بأن المعتبر في إيجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود
فيهن لأن يجامع فيما دون الفرج بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فإنها لا تكون مشتهاة أصلا فلا يجامع فيما دون الفرج حتى إن كل قائل لينكر جماع
الرضيعة فيما دون الفرج ولا ينكر ذلك في العجوز والمريضة قالوا على هذا التعليل إذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة كذا في الذخيرة
وعلى هذا من قيد الصغيرة بكونها لا تشتهي للجماع فرض محال لأنها إذا لم تكن بحيث تشتهي للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج نعم ما
وهو أن قولنا الصغيرة التي لا توطأ أشملها من معناه لا تشتهي للوطي أو لا تطيق الوطي فإن كان الأول فالملازمة حقة وإن كان الثاني فإن ثبت
التلازم بين عدم الإطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك وإلا فهو فرض صحيح والظاهر التلازم بناء على أن المراد عدم الإطاقة مطلقا وإلا ان
واحد ممن يطيق الوطي فالظاهر أن من كانت بحيث تشتهي للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة فإن لم تطقه من خصوص زوج
مثلا فتجب لها النفقة ومن لا فلا تجب لها النفقة وفي خزانة الفقه للفقيه أبي الليث عشر من النساء لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع
والناشزة إذا لم يكن لها عليه مهر وإذا اغتصبها ظالم فذهب بها والمحبوسة في دين والمسافرة بحج إذا لم يكن معها زوجها والأمة إذا لم يبوئها
مولاها والمنكوحة نكاحا فاسدا أو المرتدة والمتوفى عنها زوجها والمرأة إذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة **قوله** وإن كانت صغيرة الخ
ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه عن الطرفين جميعا بأن كان صغيرين لا يطيقان فلو اعتبر جانبه تجب ولو اعتبر جانبها لا تجب
وفي الذخيرة لا نفقة لها وأكثر ما في الباب أن يحصل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا يستحق النفقة وعن هذا قلنا إذا
تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها نفقة ولا يخفى إمكان عكس هذا الكلام فيقال يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فيجب الخ
والتحقيق أن النفقة لا تجب لا لتسليمها لاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور ذلك وجوبها معه وجودا وعدما فلا تجب في الصغيرة وتجب في الكبيرة تحت
الصغيرة **قوله** وعن أبي يوسف أن لها النفقة أي في صورة حبسها وغصبها لأنه لا منع من جهتها واختاره السغدي والفتوى على الأول وهو قول
محمد لأن النفقة عليه عوض عن احتباسه إياها غير أنه إذا فات الاحتباس لمعنى من جهته يجعل باقيا تقديرا فيجب مع فواته فإذا كان لا لمعنى من جهته لم يكن
تقديره فإنما فات حقيقة وحكما وهو الموجب ليس بخير فعند عدمه ينعدم الحكم ونظيره ما لو غصب العين من يد المستأجر لا يجب الأجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لا من
جهة المستأجر وإن لم يكن من جهة الآجر بخلاف ما لو حبس هو ظلما أو في حق لقدرته هو على إيفائه أو لا لقدرته بأن ارتدت أو أسلمت وأبى هو الإسلام أو طاوعها ابنه الدخول
وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة حيث تجب لها النفقة لفواته من
جهته حقيقة أو معنى وإن لم يكن له فعل فيه **قوله** وكذا الخ أي لا نفقة لها إذا خرجت مع محرم بخلاف ما إذا حجت مع الزوج فإن
لها النفقة اتفاقا **قوله** لأن إقامة الفرض عذر قلنا نعم ولكنه من جهتها والاحتباس الفائت إنما يجعل باقيا تقديرا إذا كان
الفوات من جهته ثم إذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بأن يعتبر كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لأن
الزيادة لحقتها بأمر منفعته يحصل لها فلا يكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه **قوله** لما قلنا أي من أن نفقة الحضر
هي المستحقة وأجمعوا على أن الصوم والصلوة لا يسقط النفقة **قوله** ويمسها أي ويمسها استمتاعا ويدخل في مسها لذلك الجماع فيما دون الفرج

قالوا هذا أحسن وفي لفظ الكتاب ما يشير إليه **قال** وتفرض على الزوج النفقة إذا كان موسرا ونفقة
خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج إذا كان موسرا نفقة خادمها

والقبلة ونحوها لكان الاحتباس الموجب قائما وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستيناس والله أعلم **قوله** قالوا هذا أحسن وفي لفظ الكتاب إشارة إليه وهو قوله وإن مرضت في منزل الزوج وهو عبارة عن التسليم لنفسها صحيحة ثم مرضت ولا يخفى أن إشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها إذا سلمت نفسها في منزله وقدمنا أنه مختار بعض المشايخ ورواية عن أبي يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهي الأصح تعلقها بالعقد الصحيح ما لم يقع نشوز فالمستحسن لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبي يوسف وهذه فرعيتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستيناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية قال في الأصل نفقة المرأة واجبة على الزوج وإن مرضت أو جنت أو أصابها بلاء يمنع عن الجماع أو كبرت حتى لا يستطيع جماعها وفي شرح الطحاوي إذا كبرت ولا تطيق الجماع أو بها رتق يمنع الجماع أو قرن كان لها النفقة وقال الحلواني إذا مرضت مرضا لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وإن كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وهذا التقييد للأول قال في الخلاصة لو كانت مريضة وزفها زوجها أو لا قبل الدخول أو بعده تجب وفي الأقضية لو كانت مريضة أو رتقاء أو قرناء تجب وفي الجامع الكبير سواء أصابتها هذه العوارض بعدما انتقلت إلى بيت الزوج أو قبله فيما إذا لم تكن مانعة نفسها هذا جواب ظاهر الرواية عن أبي يوسف لا نفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطؤها قبل أن ينقلها وإن انتقلت من غير رضاه يردها إلى أهلها وإذا نقلها هو إلى بيته مع علمه بذلك لا يردها إلى أهلها انتهى كلام الخلاصة وبه يظهر لك ما حكمنا به فيمن اختار قول أبي يوسف ثم عن أبي يوسف في التي مرضت في منزله إذا تطاول مرضها تعتبر كالرتقاء فيها **قوله** وتفرض على الزوج النفقة الخ قال المصنف والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولا يخفى على متأمل أن التكرار ليس بلازم أصلا ليحتاج إلى الاعتذار عنه فإن ما تقدم ليس إلا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضي ولا جوازه له ولا هو ملزوم منه فإن الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الأقضية الرجل إذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من التناول قدر كفايتها ليس لها أن تطالب زوجها بفرض النفقة وإن لم يكن على هذه الصفة يفرض لها إذا طلبت فأفاد ما قلنا ثم إذا فرض فالزوج هو الذي يلي الإنفاق إلا إذا ظهر عند القاضي مطله فحينئذ تفرض النفقة ويأمره أن يعطيها لتنفق على نفسها فإن لم يعط حبسه كذا في الخلاصة وقيد اليسار أثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع فعند عدمه ينتفي الغرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر في الفرض الأصلح والأيسر ففي المحترف يوما بيوم أي عليه أن يدفع نفقة يوم بيوم لأنه قد لا يقدر على تعجيل نفقة شهر مثلا دفعة وهذا بناء على أن عليه أن يعطيها معجلا ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي يلي ذلك ليتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم وإن كان تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر ومن الدهاقين نفقة سنة بسنة ومن الصناع الذي لا ينقضي عملهم إلا بانقضاء الأسبوع كذلك ولو فرض عليه أكثر من قدر حاله له أن يمتنع عن إعطاء الزائد وفي الأقضية يفرض الإدام أيضا أعلاه اللحم وأدناه الزيت وأوسطه اللبن وقيل في الفقيرة لا يفرض الإدام إلا إذا كان خبز شعير والحق الرجوع في ذلك إلى عرفهم ويعتبر فيها على الزوج الحطب والصابون والأشنان والدهن للاستصباح

ووجه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا تفرض لاكثر من نفقة خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح

وغيره وثمن ماء الوضوء عليها فان كانت غنية تستأجر من ينقله ولا تنقله بنفسها وان كانت فقيرة فاما ان ينقله الزوج لها او يدعها تنقل بنفسها وثمن ماء الاغتسال على الزوج وفي الفتاوى لانه مؤنة الجماع وفي كتاب رزين جعله عليها وفصل في ماء الطهر من الحيض بين ان يكون حيضها عشرة ايام فعليها او اقل فعليه واجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج فان جاءت بغير استئجار فلقائل ان يقول عليه لانه مؤنة الجماع ولقائل ان يقول عليها كاجرة الطبيب وفي المحيط اذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها من نفقتها كان له ذلك بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة واذا لم يتقاصا وتفرض الكسوة على كل ستة اشهر الا اذا تزوجها وبنى بها قبل ان يبعث اليها الكسوة فان لها ان تطالبه بها قبل مضي ستة اشهر والكسوة كالنفقة في انه لا يشترط مضي المدة وللزوج ان يدفع الى القاضي ليامرها بلبس الثوب لان الزينة حقه واذا فرض لها كسوة ستة اشهر فتخرقت قبل مضيها ان لبست لبسا معتادا وتبين ان ذلك لم يكفها فيجدد ولتبين خطأ في التقدير وان تخرقت لخرق استعمالها لا يفرض لها اخرى بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتى مضت ستة اشهر تفرض لها اخرى بخلاف المحارم كذا في الاقضية ولو كانت تلبس يوما وتترك يوما توفيرا يجدد لها الكسوة اذا فرغ الفصل ولو لبست دائما ولم تتخرق لم يجدد لها اذا فرغ الفصل ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة او بقي منها شيء في الشهر الآخر ايضا يفرض وفي المحارم لا يفرض وفي ادب القاضي للخصاف يفرض قميص ومقنعة وملحفة وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عرفه ولم ير قد ذكر الخصاف السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف ولم يذكر محمد اصلا قال السرخسي لم يوجب محمد الازار لانه للخروج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجب لها المكعب والخف انتهى وقيل اختلاف عرف والعرف ايجاب السراويل في الصيف والشتاء للبسه في البيت والقاضي ينظر الى عرف كل قوم فيفرض بالعرف فعلى المعسر قال محمد درع يهودي وملحفة زطية وخمار سابوري ارخص ما يكون مما يدفئها في الشتاء وعلى الموسر درع يهودي او هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء اذربيجاني ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار ابريسم ثم ذكر في الاصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء الا ان القميص يكون مجيبا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم وفي كسوة الخادم ذكروا الازار والخف والمكعب وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف اما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ما تنام عليه وينبغي ان يكون لها فراش على حدة ولا يكتفي بفراش واحد لهما لانها قد تنفرد في الحيض والمرض وفي الاثر فراش لك وفراش لاهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان واذا ارسل ثوبا فاختلفا فقالت هدية وقال من الكسوة فالقول له فان اقام البينة على اقرار كل منهما بدعوى الآخر او على نفس مدعاه فالبينة بينة الزوج لانه هو المدعي للقضاء وكذا في دراهم فقالت هدية وقال نفقة او قال من المهر وقالت نفقة وكذا في جميع قضاء الديون اذا كانت من وجوه مختلفة

قوله ووجهه ان كفايتها الخ ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها او اعم منه قال بعضهم المملوك فلو لم يكن لا يستحق وقال بعضهم كل من يخدمها حرة كانت او امة لها او لغيرها وفي الفتاوى الصغرى لو كانت المنكوحة امة لا تستحق نفقة الخادم لبنات الاشراف ويوافقه ما قيد به الفقيه ابو الليث كلام الخصاف حيث قال في ادب القاضي فرض ما يحتاج اليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقالت لا اخبز ولا اعجن ولا اعالج شيئا من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج ان يأتي بمن يكفيها عمل ذلك قال الفقيه

وقال أبو يوسف رحمه الله تفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين فلا ضرورة إلى الاثنين ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه وقالوا إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وقوله في الكتاب إذا كان موسرا إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الأصح خلافا لما قاله محمد رحمه الله لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي لا يفرق

هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها فإن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يكفيها وفي بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسي لا تجبر ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيها الإدام وهو الصحيح وقالوا إن هذه الأعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبرها القاضي على ما سنذكره أيضا إن شاء الله تعالى قوله وقال أبو يوسف لخادمين وكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند ووجه الدفع ظاهر من الكتاب قوله ولأنه لو تولى الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا قد يمنع هذا على رواية عن أبي يوسف في الأقضية ولو قال الزوج أنا أخدمها عن أبي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل وعن أبي يوسف في رواية أخرى إذا كانت فائقة في الغنى زفت إليه مع خدم كثير استحقت نفقة الكل عليه وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي قوله خلافا لما يقوله محمد هو أنه إذا كان لها خادم يفرض لها إلا لم تكتف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسرا وجه الظاهر أنها بحيث تكتفي بخدمة نفسها وإنما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه إلا حالة اليسار لأن المعسر إنما يلزمه أدنى الكفاية فقط وهذا يخالف ما ذكر المصنف من لزوم اعتبار حالهما وأنه عند إعساره وهي موسرة ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه أنه تجب نفقة الخادم دينا عليه ولو لم يكن للمرأة خادم لا يجب لها نفقته لأن استحقاقها دفع حاجتها وحاجتها إلى نفقة الخادم إنما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال والغازي إذا شهد الوقعة بلا فرس والمعنى عن الفارس لا يسهم له سهم الفرس والله أعلم ولو كانت لها أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر اتفاقا وفي التجنيس امرأة لها مماليك قالت لزوجها أنفق عليهم من مهري فأنفق فقالت لا أجعلها من المهر لأنك استخدمتهم فما أنفق بالمعروف محسوب عليها لأنه بأمرها قوله ومن أعسر بنفقة امرأته الخ بقولنا قال الزهري وعطاء وابن يسار والحسن البصري والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وحماد وابن أبي سليمان والظاهر أن معنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه وقال الخصاف الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج وبقول الشافعي قال مالك وأحمد في ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن فهذا التفريق فسخ عند الشافعي وأحمد طلاق عند مالك ولو امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فإن لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ وعن هذا ما ذكر في النهاية حيث قال ثم اعلم أن ظهور العجز عن النفقة إنما يكون إذا كان الزوج حاضرا أما إذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها النفقة فرفعت الأمر إلى القاضي فكتب القاضي إلى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة فرق بينهما هل تقع الفرقة قال الشيخ الإمام أبو الحسن السغدي نعم إذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب الذخيرة في هذا الجواب نظر فالصحيح أنه لا يصح قضاؤه لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عنه فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر فأمضاه جاز قضاؤه والصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الإمام الأستروشني فتكون الشهود علمت مجازفتهم فلا يقضي بها كما ذكره ظهير الدين واعلم أن الفسخ إذا غاب ولم يترك لها النفقة يمكن بغير طريق إثبات عجزه بمعنى فقده وهو أن تتعذر النفقة عليها قال القاضي أبو الطيب من الشافعية إذا تعذرت النفقة عليها بالغيبة ثبت لها الفسخ

لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتاخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفي في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

قاله في الحلية وله وجه جيد فلا يلزم مجيء ما قال ظهير الدين **قوله** لانه عجز الخ استدلوا بالمنقول والمعقول اما المنقول فما في سنن النسائي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وساق الحديث الى ان قال وابدأ بمن تعول فقيل من اعول يا رسول الله قال امرأتك تقول اطعمني والا فارقني خادمك يقول اطعمني واستعملني ولدك يقول الى من تتركني هكذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد بن ايوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن اسلم عن ابي صالح عن ابي هريرة وسعيد ومحمد ثقتان وقال الدارقطني ثنا ابو بكر الشافعي ثنا محمد بن بشير بن مطر ثنا شيبان بن فروخ ثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن ابي صالح عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمني او طلقني الحديث قال الدارقطني حدثنا عثمان بن احمد السماك وعبد الباقي بن قانع واسمعيل بن علي قالوا اخبرنا احمد بن علي الخزاز ثنا اسحق بن ابراهيم الباوردي ثنا اسحق بن منصور ثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما وبهذا الاسناد الى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن ابي صالح عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم مثله وقيل سعيد بن منصور في سننه ثنا سفيان عن ابي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ايفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنته صلى الله عليه وسلم وغايته ان يكون من مراسيل سعيد والشافعي يقول بها وانتم تقولون بالمرسل مطلقا واما المعقول والقياس على الجب والعنة بل اولى لان البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوة وايضا منفعة الجماع مشترك بينهما فاذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي المختص بها اولى وقياسا على المرقوق فانه يبيعه اذا اعسر بنفقته **قوله** ولنا المنقول والمعنى اما المنقول فقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وغاية النفقة ان يكون دينا في الذمة وقد اعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانتظار بالنص واما المعنى فهو ان في الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية وفي الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها دينا عليه واذا دار الامر بينهما كان التأخير اولى وبه فارق الجب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا يصير دينا على الزوج ولا نفقة المملوك تصير دينا على المالك وبخص المملوك ان في الزام بيعه ابطال حق السيد الى خلف هو الثمن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد بخلاف الزام الفرقة فانه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على انها لو كانت ام ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضي عليه واما المروي عن سعيد بن المسيب في قوله انه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه اطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك قال الطحاوي كان زيد بن ثابت يقول المرأة في الارش كالرجل الى ثلث الدية فاذا زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل قال ربيعة عن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين قال عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثا قال ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعا من اصابعها قال عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال انه السنة قال الطحاوي لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فسمي قوله سنة فيكون ما قاله اعتمادا على ما عن ابي هريرة موقوفا عليه هذا

احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار نفقتها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض

لعد تسليم صحته والا فقد روي عن سعيد كقولنا فاضطرب المروي عنه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر واما المروي عن ابي هريرة مرفوعا عند النسائي والدارقطني فلا شك في ان رفعه غلط وانما هو من قول ابي هريرة روى البخاري في صحيحه من حديث ابي هريرة قال قال رسول الله عليه السلام افضل الصدقة ما ترك غنا وفي لفظ ما كان عن ظهر غنا واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول تقول المرأة اما ان تطعمني واما ان تطلقني ويقول العبد اطعمني واستعملني ويقول الولد اطعمني الى من تدعني قالوا يا ابا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس ابي هريرة فثبت انه موقوف عليه بلا شبهة ثم ليس في قول ابي هريرة هذا ما يدل على ان الزوج يلزم بالطلاق فكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر ولا خلاف ان الموسر اذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس على احد الامرين عينا وهو الانفاق على هذا لو سلم انه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطني كان معناه الارشاد الى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا مثل واشهدوا اذا تبايعتم يعني ينبغي ان يبدأ بنفقة العيال والا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك اذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا واما ما تقدم من رواية الدارقطني عن ابي هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما عليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث ابي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي ورواية ذكره ابن القطان في الوهم والايهام قوله احالة الغريم على الزوج اي وان لم يرض الزوج وفي التحفة فائدة الامر بالاستدانة ان لصاحب الدين ان ياخذ دينه من الزوج او من المرأة وبدون الامر بالاستدانة ليس لرب الدين ان يرجع على الزوج بل عليها وهي ترجع على الزوج وهذا لان الاستدانة ايجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة اخرى وهي انها لا تسقط بموت احدهما في الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وفي شرح المختار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر او اخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن او الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا ايسر ويحبس الابن او الاخ اذا امتنع لان هذا من المعروف قال شارح الكنز يتبين بهذا ان الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهي معسرة يجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر اولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب قوله تمم لها نفقة اليسار بكذا مشى عليه ايضا صاحب الكنز بعد اعتباره حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بانه نوع تناقض وان ما ذكره اول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخي ولو كان فرض على قدر حاله او حالها مقدارا ثم غلا السعر كان لها ان تطالبه في ان تزيد في الفرض ولو كان على قلبه كان للزوج ان ينقص قوله وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا في المستقبل فلا يتقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار ولانه كان بشرط الاعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول بزواله قوله لم ينفق الزوج عليها بان غاب عنها او كان حاضرا وامتنع والحاصل ان نفقتها لا تثبت دينا في ذمته الا بقضاء القاضي بفرض او اصطلاحهما على مقدار فانه يثبت ذلك المقدار في ذمته دينا اذا لم يعطها وهو رواية عن احمد وفي رواية اخرى وهو قول مالك والشافعي تصير دينا عليه الا اذا كانت اكلت معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضي عند مالك والشافعي في الاصح قوله لانها صلة اي من وجه قوله ليست بعوض اي من كل وجه بل هي عوض من وجه دون وجه

وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها بشيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شيئا لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد

وذلك لانها جزاء الاحتباس فمن حيث انه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح امر المعيشة والاستيناس هي عوض ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب ومن حيث انه لاقامة حق الشرع وامور مشتركة كاعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد وتهيئة التكاليف الشرعية عليه هي صلة كرزق القاضي والمفتي فلا تملك الا بالقبض فلاعتبار انها عوض قلنا تثبت اذا قضى بها او اصطلحا لان ولاية على نفسه اعلى من ولاية القاضي عليه ولاعتبار انها صلة قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الامكان وذكر في الغاية معزوا الى الذخيرة ان نفقة ما دون الشهر لا تسقط فكانه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت لم يتيسر لها ان تأخذ من النفقة اصلا وهذا حق وقد تم الوجه وقوله في الكتاب فلا تستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء على ما حملنا كلامه فيه من اثبات انه صلة من وجه مترتب على تردده بين الصلة المحضة والعوض المحض ولو اختلفا فيما مضى من المدة في وقت القضاء فالقول قول الزوج والبينة بينة المرأة ومن ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد فاقام البينة لا نفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر ولقائل ان يقول ينبغي ان تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج الا انه لا يخفى ما فيه من الاضرار وفتح باب الفساد وخصوصا عند اضطرارها للنفقة لحبسها **قوله**

وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة هذا التقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتهما فان طلقها فشمل ما اذا كان القاضي امرها بالاستدانة او لم يأمرها فوافق قول الخصاف والصحيح ما ذكره الحاكم الشهيد انه اذا كان امرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لان الاستدانة بامر من له ولاية تامة عليه عنده ويقع قضيتها له وهو القاضي فكان كاستدانة نفسه فلا يسقط بموت احدهما وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط **قوله** لان النفقة صلة والصلة تبطل بالموت فان قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه مؤكدا للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي ان يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة فالجواب ان بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تأكد هذه الصلة فتصير صلة كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقيا اثر الموت في سقوطه بسبب انه يبطل الاهلية بالكلية فكان ابقى من ابطال الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت الى زيادة وهو الامر بالاستدانة وفي حال الحيوة لم تبطل الاهلية فيستحكم بمجرد التأكد بالقضاء بها **فرع** ابرأت الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ان كانت غير مفروضة لا يصح لانه ابراء قبل الوجوب وان كان القاضي فرض لها كل شهر كذا صح في الشهر الاول فقط وكذا لو قالت ابرأتك من نفقة سنة لا يبرأ الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضي اذا فرض كذا كل شهر فانما فرض منها يتجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لم يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الابراء عنها ولو ابرأته بعد ما مضى اشهر عما مضى وعما يستقبل برئ عما مضى وعن شهر فيما يستقبل **قوله** وما بقي للزوج فترده وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما والموت والطلاق قبل الدخول سواء وفي نفقة المطلقة اذا مات الزوج اختلفوا فقيل ترد وقيل لا تسترد بالاتفاق لان العدة قائمة في موته كذا في الاقضية **قوله** ولا رجوع في الصلات بعد الموت بخلاف القاضي ونحوه لان تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر ان يؤخذ منه ويعطى لمن يلي بعده من القضاة **قوله** وعن محمد وهو رواية ابن رستم عنه لا ترد نفقة الشهر وما دونه فلم يذكر وضعها في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد وكذا لو قبضت نفقة اشهر فمات احدهما والباقي شهر فاقل

فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته
كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفديه لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة ولو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان
تزوج الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس
والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة
غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون
استردادا والمدبرة وام الولد في هذا كالامة **فصل** وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان
تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى

لا يرجع بشيء وفي الذخيرة ونفقة العدة تسقط بمضي المدة كنفقة النكاح فلو فرض لها النفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد وحل
القياس على الموت قال الحلواني فيه كلام وفي الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلواني قال المختار عندي لا تسقط **قوله** فنفقتها
دين عليه اي اذا قضى القاضي بها فيباع فيها فاذا اشتراه من علم به او لم يعلم ثم علم فرضي فظهر السبب في حقه ايضا فاذا اجتمعت عليه
النفقة مرة اخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشتري الثالث وهلم جرا ولا يباع مرة بعد اخرى الا في دين النفقة لانها تتجدد شيئا فشيئا
على حسب تجدد الزمان على وجه لا يظهر في حق السيد فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري فاما اذا لم يعلم المشتري بحاله او علم
بعد الشراء ولم يرض فله رده لانه عيب اطلع عليه **قوله** باذن المولى لانه لو كان بغير اذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم الصحة ولو دخل بها طولب
بالمهر بعد العتق ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء ولو كان
مدبرا او مكاتبا او ولد ام ولد لا يباع في النفقة لعدم جواز البيع الا ان المكاتب اذا عجز يباع ح لانه خرج قبل النقل هذا ولا نفقة
تجب لولد العبد عليه لان امه ان كانت امة فالولد عبد لمولاها فنفقته على المولى وان كانت حرة فولده حر ولا تجب نفقة
حر على مملوك وعلى هذا مولاه لان ولده اجنبي منه وكذا المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة او امة
لهذا المعنى وان كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام في كتابتها حتى
كان كسب الولد لها وكذا ارش الجناية عليه **قوله** في الصحيح احتراز عما عن الكرخي تنتقل الى قيمته لانها خلفه قال الشيخ ابو الحسن
القدوري هذا ليس بصحيح لان النفقة تسقط بالموت لانها في معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة
انما تقام مقام الرقبة في دين لا يسقط بالموت **قوله** وان تزوج الحر امة قيد الحر اتفاقي لا فرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب
في عدم وجوب النفقة قبل التبوئة وانما خصه بالذكر ليعلم النفي في الباقي بالطريق الاولى فانه فاذا لم تجب على الحر الذي
هو ادخل في اهلية وجوب المال عليه فيلزم ان لا يجب على ما ذكر **قوله** لعدم الاحتباس اي من الزوج والمنع من السيد
وان كان بحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره بخلاف منعها نفسها لحقها كالمهر فان فوات الاحتباس
الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك **قوله** والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح في باب نكاح الرقيق
ولا شك ان حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التي تتجدد على ملكه فاذا بوأها فقد ترك حقه ما دام لم يستردها واستردادها
بعد ذلك ليس رجوعا فيما اسقط بل طلب حقه فيما يستقبل او الحال ولذلك اذا كان له ان يبوأها ثم يستردها ثم يبوأها ثم يستردها وهلم جرا فكلما
استردها سقطت فاذا رجع فبوأها وجبت ولو خدمت المولى احيانا من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لانه لم تبطل التبوئة
بذلك لعدم الاسترداد **قوله** والمدبرة وام الولد في هذا اي في وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوئة كالامة ولم يذكر
معها المكاتبة لانها في استحقاق النفقة اذا تزوجت باذن المولى كالحرة لاختصاصها بنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة
فصل قوله ليس فيها احد من اهله واما امته فقيل ايضا لا يسكنها معها الا برضاها والمختار ان له ذلك لانه يحتاج الى
استخدامها في كل وقت فاذا افردها في بيت لا يتمكن من ذلك غير انه لا يطأها بحضرتها كما انه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا

مفرزة بالسكنى وإذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تامن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار ذلك لانها رضيت بانتقاص حقها وكذا ان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللبث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل

بحضرة الضرة (قوله مفرزة بالسكنى) في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فان المراد انفقوا عليهن من وجدكم وكذلك قرأ ابن مسعود والسكنى بالملك او الاجارة والعارية وجبت اجماعا (قوله ليس له ان يسكنه معها) قيل الا ان يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله اسكانه معها (قوله ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها) اقتصر على الغلق فافاد انه وان كان الخلاء مشتركا بينهما بان كان لا يتعلق بخصه ليس لها ان تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضي الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولا بد من كون المراد من كون الخلاء مشتركا بينه وبين غير الاجانب والذي في شرح المختار ولو كانت في الدار بيوت وابت ان تسكن مع ضرتها او مع احد من اهله ان اخلى لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لها ان تطلب بيتا ولو شكت انه يضربها او يؤذيها ان علم القاضي ذلك زجره وان لم يعلم سأل من جيرانه فان لم يوثق بهم او كانوا يميلون اليه اسكنها بين قوم اخيار يعتمد القاضي على خبرهم (قوله لما فيه اي المنع من المكالمة من قطيعة الرحم) في الصحيح لا يدخل الجنة قاطع رحم وفيه من حديث ابي هريرة قال الرحم شجنة من الرحمن قال الله تعالى من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته الشجنة بكسر الشين وضمها قال ابو عبيد قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابي يعني بالشجنة الوصلة (قوله وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة) ظاهر الخلاصة ان في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخوله فانه قال في الفتاوى للزوج ان يضرب المرأة على اربع خصال وما هو في معنى الاربع ترك الزينة والزوج يريدها وترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلوة في رواية والغسل والخروج من البيت اما لا تمنع من زيارة الابوين في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة وكذا اذا اراد ابوها او قريبها ان يجيء اليها على هذا الجمعة والسنة انتهى (وقوله وهو الصحيح) احتراز عما ذهب اليه ابن مقاتل من انه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر وعن ابي يوسف في النوادر تقييد خروجها بان لا يقدر على اتيانها فان كانا يقدران على اتيانها لا تذهب وهو حسن فان بعض النساء لا يشق عليها مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج اليهما وقد اشار الى نقله في شرح المختار والحق الاخذ بقول ابي يوسف اذا كان الابوان بالصفة التي ذكرت وان لم يكونا كذلك ينبغي ان ياذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف اما في كل جمعة فهو بعيد فان في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا اذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيئات بخلاف خروج الابوين فانه ايسر ولو كان ابوها زمنا مثلا وهو يحتاج الى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها ان تعصيه مسلما كان الاب او كافرا وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة او غسالة او كان لها حق على آخر او لآخر عليها حق تخرج بالاذن وبغير الاذن وخروجها الى الحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا ياذن لها ولا تخرج ولو اذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام فان ارادت ان تخرج الى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك فان وقعت لها نازلة ان سأل الزوج من العالم واخبرها بذلك لا يسعها الخروج وان امتنع من السؤال يسعها ان تخرج بغير رضاه وان لم يقع لها نازلة لكن ارادت ان تخرج لتتعلم مسألة من مسائل الوضوء والصلاة وان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها ان يمنعها وان كان لا يحفظ الاولى ان ياذن لها احيانا وان لم ياذن فلا شيء عليه ولا يسعها الخروج ما لم تقع لها نازلة وفي الفتاوى في باب القراءة المرأة قيل ان تستوفي مهرها لها ان تخرج في حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان اعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذن

يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه
لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه
لاسيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب

الزوج ولا تسافر مع عبدها خصيا كان او فحلا وكذا ابوها المجوسي والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر او اثنى عشر سنة ولا تكون المرأة محرما لامرأة
وحيث ابحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغير الهيئة الى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن
تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالف فيه قاضي خان قال في فصل الحمام من فتاواه دخول الحمام مشروع للنساء
والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالد بن الوليد دخل حمام حمص
لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة انتهى وعلى ذلك فلا خلاف في منعهن من دخوله للعلم بان كثيرا منهن مكشوف العورة
وقد وردت احاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها في النسائي والترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رض
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام الا بمئزر ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر
فلا يدخل حليلته الحمام وعن عائشة رض قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء امتي رواه الحاكم وقال
صحيح الاسناد وورد استثناء النفساء والمريضة رواه ابوداود وابن ماجة عن ابن عمر رضي الله عنه عم قال ستفتح عليكم ارض العجم وستجدون
فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلها الرجال الا بالازار وامنعوها النساء الا مريضة او نفساء رواه ابوداود وابن ماجة وفي مسندهما
عبد الرحمن بن زياد بن انعم الافريقي وهو مختلف فيه قال احمد ليس بشئ وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذري
وفيما قاله نظر لم يذكره البخاري في كتاب الضعفاء وكان يقوي امره ويقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطني ليس بالقوي ووثقه
يحيى بن سعيد وروى عباس عن يحيى بن معين ليس به باس وقال ابوداود قلت لاحمد بن صالح ايحتج به يعني عبد الرحمن بن زياد فقال نعم
قوله يعترف به وبالزوجية في حق الزوجية كان ينبغي ان يزيد **قوله** والنسب في الولد والوالد لانه رتب على ما ذكر من الاعتراف
قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك اي كلا الامرين اما
لو علم احدهما احتاج في القضاء بالدفع اليهم الى اقرار من عنده او عليه في الصحيح دون البينة **قوله** واقرار صاحب اليد مقبول في حق
نفسه لاسيما ههنا فانه اولى ان يقبل اقراره على نفسه بثبوت حق الاخذ لها مما في يده او عليه اذا كان دينا وذلك لانه لا طريق الى اثبات
حق الاخذ لها مما في يده او عليه اذا كان دينا الا اعترافه بخلاف غيره فان الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف ولا سيما مركب
من لا النافية للجنس ومنفيها وهو سي ومعناه المثل قال الشاعر ؎ فاياكم وحية بطن واد ٭ هموس الناب ليس لكم بسي ٭ اي بمثل
ولا سية وهو واحد سيان من قولك هما سيان واصله سوي قلبت الواو ياء اما لسكونها بعد كسرة او لاجتماعها مع الياء وسبق احدهما بالسكون
فان جررت ما بعدها كزيد مثلا في قولك اكرمني القوم لاسيما زيد فهو على ان ما مضاف الى زيد وما زائدة مقحمة كقوله ؎ كما حي وان امروا ٭ واد دا
الذي وردوا ٭ وان رفعته فعلى ان سيا يضاف الى ما وهو موصول اسمي حذف صدر صلته والتقدير لا مثل الذي هو زيد وجاز كونه مضافا
مع ان اسم لا يجب كونه نكرة لانه بمعنى مثل ومثل لا يتعرف بالاضافة وخبر لا محذوف واذا كان كذلك ففي كلا الوجهين خروج عن الاصل في الجر
بالزيادة بين المضاف والمضاف اليه وفي الرفع بحذف صدر صلة الموصول وهو انما يقاس اذا طالت الصلة واختار المحققون الجر على الرفع
لان زيادة ما اوسع من حذف المبتدأ مع ما ينضم اليه من كونه في خصوص ذلك الموقع وقد يقال زيادة ما في نفسه كثير ولكن بين المتضائفين ممنوع

فلما ثبت في حقه تعدى الى الغائب لكن اذا كان المال دينا او مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما فلانه ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب لانه لا يعرف امتناعه قال ويأخذ منها كفيلا نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب قال ولا يقضي بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء ووجه الفرق هو ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضي فيه لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها

منكرا فيه واما النصب بالعدها فقال ابن الدهان صاحب الغرة لا اعرف له وجها وعن هذا لم يذكر ابن معط في فصوله في المستثنى بلا سيما سوى الجر والرفع وذكر بيت امرئ القيس في الا رب يوم لك منهن صالح ◦ ولا سيما يوم بدارة جلجل ◦ بالوجهين ولم يذكر فيه النصب لكن قد روى النصب فيه ايضا فقيل على الظرف وقيل على التشبيه بالمفعول وقيل مجموع لا سيما بمنزلة الا ومعنى الاخراج الذي تفيده الا فيها هو الاخراج من ذلك الحكم باثبات ما هو ابلغ منه فاذا قلت اكرمني القوم لا سيما زيد فقد اثبت له ابلغ من اكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف احدى اليائين فقيل الاولى لانها ساكنة وهو اضعف من المتحرك فكان حذفه اولى وقيل الثانية لانها لام والاعلال في اللام اولى **قوله** واذا ثبت في حقه يعني ان حق الاخذ لها مما في يده لتعدى الى الغائب ضرورة اورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين لمودع او مديون للغائب معترف بالدين والوديعة فانه لا يقضي عليه بالدفع الى صاحب الدين واجيب بان القضاء يتبع النظر للغائب ففي الامر بالانفاق نظر له بابقاء ملكه الثابت بالنكاح والقرابة ما هو في معنى نفسه اعني قرابة الولاد وليس في قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير **قوله** فلانه لا يباع على الحاضر حتى لو امتنع عن اداء الدين وعنده اموال غير الاثمان لا يبيع عليه القاضي بل يأمره ان يبيع هو ليقضي فان لم يفعل حبسه ابدا حتى يبيع لان البيع عليه حجر عليه ولا يحجر على العاقل البالغ وعندهما يبيع على الحاضر اذا امتنع من البيع **قوله** ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة ثم اذا جاء الغائب فهو على حجته في اعطاء النفقة وفي كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها ان تأخذ بغير قضاء بحاله شرعا اصله حديث هند امرأة ابي سفيان المتقدم وعن هذا قلنا لو كان للغائب مال حاضر في بيته والقاضي يعلم الزوجية اطلق لها الاخذ منه ولا يكون هذا قضاء بل افتاء والافتاء لا يمتنع بسبب الزوجية الا يرى ان من اقر بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضي الافتاء منه اجابه الى ذلك **قوله** الا لهؤلاء وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير ويستدرك عليه الاولاد الكبار الاناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب **قوله** فنفقتهم انما تجب بالقضاء لا شك ان الوجوب ثابت بدليله قبل القضاء حتى كان عليه ان ينفق عليهم اذا كانوا فقراء ديانة وانما المراد انه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى ان لا تجب النفقة فلا يتعين عليه قبول الوجوب الا بالقضاء به فينتفي تأويله ويتقرر في ذمته ويجبر عليه اذا امتنع وفي الكافي لو انفق المديون او المودع بنفسه على هؤلاء بغير امر القاضي ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من انفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يأمر بالانفاق من الوديعة اولا لانه انظر للغائب فان الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة **قوله** وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها منها قول ابي حنيفة اولا اذا جحد المديون والمودع الزوجية تسمع بينتها على الزوجية لانها تدعي حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد انسان انه اشتراه من فلان الغائب ثم رجع الى انها لا تقبل منه وهو قولهما لانها تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال ليس خصما فيه ومنها ما قال به زفر من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها اذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستدانة ثم رجع الى قولهما وقول زفر في ذلك متقرر ونقل مثل قول زفر عن ابي يوسف والفتوى على قول زفر لحاجة الناس الى ذلك فروع في الفتاوى امرأة قالت ان زوجي يطيل الغيبة عني فطلبت كفيلا بالنفقة قال ابو حنيفة ليس لها ذلك وقال ابو يوسف اخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا وعليه الفتوى فلو علم انه يمكث في السفر اكثر من شهر اخذ عند ابي يوسف الكفيل باكثر من شهر وعن ابي يوسف ايضا لو كفل بنفقتها ما عاشت او كل شهر او ما بقي النكاح بينهما صح وقال ابو حنيفة هو على شهر واحد ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وان لم تكن واجبة ولو طلقها رجعيا او بائنا

يعني

محمد

فصل وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان أو بائنا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملا أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فإنه يحل له الوطي وأما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا نفقة ولأنه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما إذا كانت حاملا لأنا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن الآية ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا

يجب لها كنفقة عدتها كل شهر لان العدة من احكام النكاح

فصل قوله وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة وهي المطلقة ثلثا والمختلعة اذ لا مبتوتة عنده لغير ذلك الا ان تكون حاملا فان في بطنها ولده وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم ان ابا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فارسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله ما لك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لك نفقة وامرها ان تعتد في بيت ام شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها اصحابي اعتدي عند ابن ام مكتوم فانه رجل اعمى تضعين ثيابك فاذا حللت فآذنيني قالت فلما حللت ذكرت له ان معاوية بن ابي سفيان وابا جهم خطباني فقال صلى الله عليه وسلم اما ابو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه واما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي اسامة بن زيد فكرهته فقال انكحي اسامة بن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به واخرجه مسلم ايضا وقال فيه لا نفقة لك ولا سكنى ورواه ايضا وقال فيه ان ابا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن ابي طالب رضي الله عنه فارسل الى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من تطليقها وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على انه اوقع واحدة هي تمام الثلاث وامر لها الحارث بن هشام وعياش بن ابي ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا والله ليس لك نفقة الا ان تكوني حاملا فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك زاد ابو داود في هذا اسنادا ومسلم عقيب قول عياش بن ابي ربيعة والحارث بن هشام ولا نفقة لك الا ان تكوني حاملا وفي شرح الكنز نسبه الى مسلم لكن الحق ما علمت وهو في رواية لمسلم ان ابا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها اهله ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد في نفر فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة الحديث والجواب ان شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والمتحقق في هذا الحديث عند كل من هذه الامور اما طعن السلف فقد طعن عليها فيه اكابر الصحابة ممن سنذكره مع انه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوي امرأة ولكون الراوي اعرابيا فقد قبلوا حديث فريعة بنت مالك بن سنان اخت ابي سعيد في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها مع انها لا تعرف الا في هذا الخبر بخلاف فاطمة بنت قيس فانها تعرف بذلك الخبر وبخبر الرجال خطبتها مع طوله وعرضه وادبه ثم قد ظهر لها من الفقه ما افاد علما وجلالة وقدرا وهو ما في صحيح مسلم من ان مروان ارسل اليها قبيصة بن ابي ذويب يسألها عن الحديث فحدثته به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امرأة سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بيني وبينك القرآن قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة الى قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا قالت هذا لمن كانت له مراجعة فاي امر يحدث بعد ذلك فكيف يقولون لا نفقة لها اذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها وقيل عمر رضي الله عنه خبر الضحاك بن سفيان الكلابي وحده وهو اعرابي فخبرنا ان رد عمر رضي الله عنه وغيره بخبرها ليس الا لما علموه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مخالفا له وقد استقر الحال عليه بعد وفاته عليه الصلاة والسلام من السلف الى ان روت فاطمة رضي الله عنها هذا الخبر مع ان عمر رضي الله عنه لما رده صرح بالرواية بخلافه ففي صحيح مسلم عن ابي اسحق قال كنت مع الاسود بن يزيد جالسا في المسجد الاعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فاخذ الاسود كفا من حصى فحصبه به وقال ويلك تحدث بمثل هذا قال عمر لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري حفظت ام نسيت لها السكنى والنفقة قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة فقد اخبر ان سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لها النفقة والسكنى

والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة بنت قيس رض رده عمر رض فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امراة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله عليه السلام يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى مادامت في العدة وردّه ايضا زيد بن ثابت رض واسامة بن زيد وجابر وعائشة رض ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها

ولا ريب في ان قول الصحابي من السنة كذا رفع فكيف اذا كان قائله عمر رض وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلثا النفقة والسكنى وقصارى ما هنا ان تعارض روايتها برواية عمر فاي الروايتين يجب تقديمها وقال سعيد بن منصور ثنا معاوية ثنا الاعمش عن ابراهيم قال كان عمر رض اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا نغير في ديننا بشهادة امراة فهذا شاهد على انه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فتنزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ والثقة اذا شذ لا يقبل ما شذ فيه ويصرح بهذا ما في مسلم من قول مروان سناخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها والناس اذ ذاك هم الصحابة فهذا في المعنى حكاية اجماع الصحابة ووصفه بالعصمة وفي الصحيحين عن عروة انه قال لعائشة رض الم ترى الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت بئس ما صنعت فقلت الم تسمعي الى قول فاطمة فقالت اما انه لا خير لها في ذكر ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلية عنه وكانت عائشة اعلم باحوال النساء فقد كن ياتين الى منزلها ويستفتين عنه عم وكثر وتكرر وفي صحيح البخاري عن عائشة انها قالت لفاطمة الا تتقي الله تعالى يعني في قولها لا سكنى ولا نفقة وقال القاضي اسمعيل ثنا نصر بن علي حدثني ابي عن هارون عن محمد بن اسحق قال احسبه عن محمد بن ابراهيم عن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس انما اخرجك هذا اللسان يعني انها استطالت على احمائها وكثر الشر بينهم فاخرجها عم لذلك ويقيد بثبوته عن عائشة رض ان سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة رض واعظم متتبع لاقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراية ولولا انه علمه عنها ما قاله وذلك ما في ابي داود من حديث ميمون بن مهران قال قدمت المدينة فدفعت الى سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال سعيد تلك امراة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن ام مكتوم وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فانه لم يكن لينسب الى صحابية ذلك من عند نفسه كذلك هو والله اعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال خروج فاطمة انما كان عن سوء الخلق رواه ابو داود في سننه وممن رده زوجها اسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله بن صالح قال حدثني الليث بن سعد حدثني جعفر عن ابن هرمز عن ابي سلمة بن عبد الرحمن قال كان محمد بن اسامة بن زيد يقول كان اسامة اذا ذكرت فاطمة شيئا من ذلك يعني من انتقالها في عدتها رماها بما في يده انتهى هذا مع انه هو الذي تزوجها بامر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان اعرف بالمكان الذي نقلها عنه الى منزله حين بنى بها فهذا لم يكن قطعا الا لعلمه بان ذلك غلط منها او لعلمه بخصوص سبب جوز انتقالها من اللسن وخيفة المكان فقد جاء ذلك ايضا ولم نظفر المخرج بحديث اسامة فاستقرئه والله الميسر وقال الليث حدثني عقيل عن ابن شهاب انا ابا سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال فانكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل ان تحل وفي معجم الطبراني بسنده عن ابراهيم ان ابن مسعود وعمر رض قالا المطلقة ثلثا لها السكنى والنفقة واخرج الدارقطني عن حرب بن ابي العالية عن ابي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلثا لها السكنى والنفقة قال عبد الحق انما يؤخذ من حديث ابي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع او كان عن الليث عن ابي الزبير وحرب بن ابي العالية ايضا لا يحتج به ضعفه ابن معين والاشبه وقفه على جابر وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه يرد قول من ذكر ابن جابر على قول فاطمة وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن واما بيان الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات انه طلقها وهو غائب وفي بعضها طلقها ثم سافر وفي بعض الروايات انها ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته وفي بعضها ان خالد بن الوليد ذهب في نفر فسألوه عم وفي بعض الروايات سمى الزوج ابا عمرو بن حفص وفي

الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة

بعضها ابا حفص بن المغيرة والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث وممن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ومن التابعين مع ابن المسيب شريح والشعبي والحسن بن حي والاسود بن يزيد وممن بعدهم الثوري واحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم فان قيل فهذا العذر بتقدير ثبوته انما اسقط تلك السكنى والحال انه عم قال لها لا نفقة لك ولا سكنى قلنا ليس علينا اولا ان نشتغل ببيان العذر عما ردت بل يكفي ما ذكرنا من انه شاذ مخالف لما كان الناس عليه ولم يرعمر رضي الله عنه في تركه كائنا هو في نفسه ما كان الا ان الاشتغال بذلك حسن حملا للمروي على الصحة ونقول فيه ان علم السكنى كان لما سمعت واما عدم النفقة فلان زوجها كان غائبا ولم يترك مالا عند احد سوى الشعير الذي بعث به اليها فطالبت هي اهله على ما في مسلم من طريق انه طلقها ثلثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها اهله ليس لك علينا نفقة الحديث فلذلك قال عم لها لا نفقة لك ولا سكنى على تقدير صحته لانه لم يخلف مالا عند احد وليس يجب لك على اهله شئ فلا نفقة لك على احد بالضرورة فلم تفهم هي الغرض عنه عم فجعلت تروي نفي النفقة مطلقا فوقع انكار الناس عليها ثم ان في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قد علم ان المراد وانفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة قوله وهذه الآية انما هي في البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى عقيبه ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولو كانت الآية في غير المطلقات او في الرجعيات كان التقدير اسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم فانفقوا عليهن من وجدكم وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومعلوم انه لا معنى ان يجعل غاية ايجاب الانفاق عليها الوضع فان النفقة واجبة لها مطلقا حاملا كانت او لا وضعت حملها او لا بخلاف ما اذا كانت في البوائن فان فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل في تمام عدة الحمل لطولها والاقتصار على قدر ثلث حيض او ثلاثة اشهر وكذا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة فانه عام في المطلقات وقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف يرجع الى الرجعيات منهن وذلك حكم خاص ببعض ما تناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر **قوله** الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيها استيضاح على ان وجوبها بحق الشرع عبادة فانها لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حبل وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ويعارض ذلك انقضاؤها اذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة وانت اذا امعنت النظر فيما ذكرنا في باب العدة في مسئلة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع اليه وانقله **قوله** وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية احترز به عما يجئ من قبل الزوج مطلقا وعما يجئ من قبلها بغير معصية فان لها النفقة فيهما والحاصل ان الفرقة اما من قبله او قبلها ففي الاول لها النفقة مطلقا سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بالطلاق او لعانه او عنته او جبه بعد الخلوة ويشكل على ايجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه في باب اللعان في الحديث من انه عم لم يجعل لها بيتا ولا قوتا عليه او بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته او ايلائه مع عدم فيئه حتى مضت اربعة اشهر او ابائه الاسلام اذا اسلمت هي او ارتد هو فعرض عليه الاسلام فلم يسلم لان معصيته لا تحرم سبب النفقة واما الثاني فان بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج او ابائها اذا اسلم هو وهي وثنية او مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لانها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة واما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة

نفقتها بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي بخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية مثل خيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم
الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله
سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلث
ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

ووطئ ابن الزوج لها مكرهة تجب لانها حبست نفسها بحق لها او عذرت شرعا فيه ولها السكنى في جميع الصور لان القرار في منزل الزوج حق
عليها فلا يسقط بحبسها اما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطها بحبسها **قوله** خلاف المهر بعد الدخول يعني انه يجب لها وان جاءت الفرقة
من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب لها وهو تسليم نفسها وتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية **قوله** وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ
بالله سقطت نفقتها لا لعين الردة هنا لان الفرقة لم يجب بسببها فهي وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث سواء فكما لا يسقط
النفقة بالتمكين هنا لا تسقط النفقة بالردة فانما تسقط في هذه الردة اذا اخرجت وحبست اذ لا نفقة للمحبوسة
كما اشار اليه المص في التعليل او اذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة ولو حبست او
لحقت فعادت الى الاسلام فرجعت الى بيتها عاد استحقاقها للنفقة وما ذكر في الجامع من قوله ولو عادت الى بيتها مسلمة
او مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد اللحاق يخالفه ما ذكر في الذخيرة لو عادت الى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى
ووفق بحمل المذكور في الجامع على ما اذا حكم بلحاقها وما في الذخيرة على ما قبل الحكم به بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بالردة
فانها لو اسلمت وعادت الى منزله لا تجب لها نفقة لانها المفوتة لملك النكاح وهو لا يعود بعودها الى المنزل مسلمة ولو كان تمكينها
وردتها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي وفي شرح الطحاوي
الاصل ان كل امرأة كانت لها النفقة يوم طلقت ثم صارت الى حال لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها النفقة بعده فلو
طلق الامة بائنا وكانت مبوأة معه بيتا فاخرجها المولى الى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان اعادها الى بيت الزوج
تاخذ النفقة ولو لم يكن بواها المولى فطلقت فاراد ان يبوئها مع الزوج في العدة وتاخذ نفقتها لا تجب النفقة و
اورد عليه لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل في العدة فانه تعود نفقتها واجيب بان النفقة كانت
واجبة الا انها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها ان تعود فتاخذ وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الاصل المذكور ولو
تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الاياس فتعتد بثلاثة اشهر وعن هذا قلنا لو صالح المعتدة على نفقة العدة
بشئ معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها معلومة وان كانت بالحيض لا يجوز لانها مجهولة لاحتمال ان
يمتد الطهر بها واذا لم تطالب المعتدة بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتي في العصمة الا ان يكون مفروضة
ولو ابرأته عن النفقة في المستقبل وهي زوجة لم يصح ولو ابرأته عنها في عقد الخلع صح لان الابراء في الخلع ابراء بعوض
وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز واما الاول فالابراء اسقاط واسقاط الشئ قبل وجوبه لا يجوز ثم القول
قول المطلقة في انقضاء العدة مع يمينها اذا كانت من ذوات الحيض ولو كانت ادعت حبلا وانفق عليها الى
سنتين فان قالت بعدهما كنت اعتقدته حبلا فظهر انه ليس اياه وانا حائل لم احض وقال بل ادعيت الحبل
كذبا وظهر كذلك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضي الى قول ويامره بالانفاق حتى تحيض ثلاث حيض او تدخل في سن الاياس
فتعتد بثلاثة اشهر ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها الى ثلثة اشهر وقال الفضلي لا تنقضي عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال

فصل ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة

حملها فينفق عليها حتى تنقضي عدتها كذا ذكر هذا الفرع بعضهم وفي الخلاصة عدة الصغيرة ثلثة اشهر الا اذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رحمها هذا في المحيط انتهى من غير ذكر خلاف وهو حسن فيما رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثاني فحضر الزوج الاول ففرق بينها وبين الثاني ولا نفقة لها على الزوج الاول حتى تنقضي عن الثاني وان طلقها وهي في عدة الثاني لم تجب نفقة العدة على الزوج الاول ولا على الثاني ما دامت في حق الثاني فاذا انقضت عدة الثاني تجب ولو تزوجت المعتدة ودخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج كذا في الاقضية وفي الفتاوى قال تجب على الزوج الاول هكذا ذكر في المحيط وتاويله اذا تزوجت في بيت العدة اما اذا خرجت فلا والله سبحانه اعلم

فصل قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الاطلاق بل الاب اما غني او فقير والاولاد اما صغار او كبار فالاقسام اربعة الاول ان يكون الاب غنيا والاولاد كبار فاما اناث او ذكور فالاناث عليه نفقتهن الى ان يتزوجن اذا لم يكن لهن مال وليس له ان يواجرهن في عمل ولا خدمة وان كان لهن قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الاب والذكور اما عاجزون عن الكسب لزمانة او عمى او شلل او ذهاب عقل فعليه نفقتهم وكذا اذا كان من ابناء الكرام لا يجد من يستاجره فهو عاجز وكذا طلبة العلم اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب نفقتهم على آبائهم قال الحلواني ورايت في موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها احد على الاطلاق في الصغار اما الكبار فعلى الظاهر كما سياتي وان لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم الثاني ان يكون الاب غنيا وهم صغار فاما ان يكون لهم مال اولا فان لم يكن فعليه نفقتهم الى ان يبلغ الذكور حد الكسب وان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب ان يواجره وينفق عليه من اجرته وليس له في الانثى ذلك فلو كان الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى امين كما في سائر املاكه وان كان لهم مال فاما حاضر او غائب فان كان حاضرا فنفقتهم في مالهم لا يجب على الاب شيء منها وان كان غائبا وجبت على الاب فان اراد ان يرجع ما لهم ينفق باذن القاضي في ذلك فلو انفق بلا امره ليس له الرجوع في الحكم الا ان يكون اشهد انه انفق ليرجع ولو لم يكن اشهد لكن انفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع وفيما بينه وبين الله تعالى يحل له ان يرجع الثالث ان يكون الاب فقيرا فان كانوا اغنياء وكبارا قادرين فلا اشكال ان نفقته هو عليهم وان كانوا صغارا اغنياء فكذلك ايضا الرابع ان يكونوا فقراء وهم صغار او كبار عاجزون والاب ايضا عاجز عن الكسب فانهم يتكففون الناس وينفق عليهم وقيل نفقتهم في بيت المال لان الاب اذا كان بهذه الصفة فنفقته في بيت المال وان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا في دين ولده وان سفل الا في النفقة لان الامتناع اتلاف النفس ولا يحل للاب ذلك وكذا لو عدا الاب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه الا بقتله حل له قتله واذا لم يف كسبه بحاجتهم او لم يكتسب لعدم تيسر الكسب انفق عليهم القريب ويرجع على الاب اذا ايسر وفي جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد او الام او الخال او العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الاب اذا ايسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له ام موسرة فنفقته عليها وكذا اذا لم يكن له اب الا انها ترجع في الاول وما نقل بن قدامة عن الائمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر وان كان له جد وام موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب وروى الحسن عن ابي حنيفة انها على الجد وحده يجعله كالاب وبه قال الشافعي وفي نفقات الشهيد خلع امرأته وغاب

[illegible] ارضاعه [illegible] النفقة [illegible] الكفاية [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] وكذا في المبتوتة [illegible] لان النكاح قائم [illegible]
وفي منحة [illegible] ارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان لكنت عمتها فاستأجرها بعينه لا يمتنع ولدها لان النكاح قد زال بالكلية [illegible]
[illegible] لو استأجرها [illegible] امه مثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق فكان نظر الصبي في الدفع اليها وان التمست [illegible]
ونفقته [illegible] وفي كلامه اشارة [illegible] بقوله [illegible] لما اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغيرة واجبة على ابيه وان خالفه في دينه [illegible]
نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا وعلى المولود له رزقهن الآية ولانه جزءه فيكون في معنى
نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة [illegible] فوجبت النفقة

عنها فطالبت عمهم على الام لما لنفقتهم وعلى العام الثلث اذا كانا موسرين ويكون دينا على الاب يرجعان عليه اذا كان بامر الحاكم قال القاضي ابدا
او كانت الغنية مستقلة قوله لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وجه الاستدلال انه واجب على الاب رزق الوالدات اجرة
عنه بلفظ المولود له للتنبيه على علة الايجاب عليه وهو الولاد لما عرف من ان تعليق الحكم بالمشتق يفيد كون مبدأ الاشتقاق علة له فاذا وجب لنفقة غيره
بسبب فوجوب لنفقته لنفسه اولى وحين ثبتت نفقته بطريق اولى تبين ان نفقة الوالدة هي نفقة الولد لان الولد يحتاج الى ما في الحضانة والتربية وارضاع
حتى ان اللبن الذي هو مؤنته انما يستحيل لبنا من غذائها فايجاب نفقتها عليه ايجاب لنفقته عليه اذ ليست النفقة سوى
اخراج ما يحتاج المحتاج اليه لكفايته وقد تقدم في كتاب ما يشير الى نفقة الخادم من نفقة المرأة وان كانت نفقة شخص
آخر بل يدخل فيها الكسوة والسكنى في الخلاصة قال هشام سألت محمدا عن النفقة فقال هي الطعام والكسوة والسكنى ولانه جزء من
فكان كنفسه قوله وليس على الام ان ترضعه يعني في الحكم اذا امتنعت وان كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذي سنذكره
قوله وهذا الذي ذكر بيان الحكم اي عدم الجبر بيان الحكم قضاء بمعنى انها اذا امتنعت لا يجبرها القاضي عليه وهو واجب عليها
ديانة [illegible] غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضي عليه اذا امتنعت لان المستحق عليها
بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع قوله وذلك اي عدم الجبر اذا وجد من ترضعه فاذا لم يوجد او وجد ولم يقبل ثديها غيرها اجبرت
على ارضاعه صيانة له عن الضياع وذكر الحلواني ان ظاهر الرواية لا تجبر لان الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤدي
ترك اجبارها الى التلف والى الاول مال القدوري والسرخسي وهو الاصوب لان قصر الرضيع الذي لم يأنس الطعام على الدهن
والشراب سبب تمريضه وموته قوله معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها اي التربية كما في الحضانة وهذا بناء على ما قد تقدم
وقد قدمنا من اختيار الفقيهين الهندواني والسمرقندي انها تجبر على الحضانة وفي كلام الحاكم الشهيد ما يفيده وما قدمناه
ثم لا يلزم المرضعة ان تمكث في بيت الام الا ان يشترط ذلك بل لها ان ترضعه ثم ترجع الى منزلها فيما يستغنى عنها فيه من الزمان و
تحمل الصبي معها اليه او تقول اخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي الى امه قوله وجه الاول لما كان التشبيه لا يستلزم عموم
وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا وكذا في المبتوتة في رواية بعد قوله وهذا يعني عدم الاستيجار في المعتدة عن طلاق رجعي رواية
واحدة لان النكاح قائم والا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها في الحكم ذا الوجه وايضا بما يكون تأخير ذلك وجها للاجارة الى انه
المختار عنده وكذا في هذا اطلاق القدوري لمعتدة في قوله او معتدة وان كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم اخيرا من عادة
غير ذكره له القول المختار والحاصل ان قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه في فصل المحرمات من كتاب النكاح فاذا

اليه وبهذا وجبت النفقة وامتنع بشهادته للمعتدة عن ثلاث او بائن وكذا لا يجوز استيجارها للارضاع قوله وان انقضت عدتها

فاستأجرها اعلم ان حاصل كلامهم ان الارضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها والضرر يتحقق بعدم
عن ارضاعه اذا ارادت الاجر فيبطل فاقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لان امتناعها عن الارضاع مع وفور شفقة الوالدة
في تحرجها عنه فاذا لم تجبر عليه اذا امتنعت فاذا قدرت عليه بالاجر وهي منكوحة او معتدة عن رجعي او [illegible]

وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا

فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا

ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد

عدم تعينها فتقرر الوجوب عليها فلا تجبر لتستحق في مقابلته فعل الواجب ولا يخفى ان هذا المعنى بعينه ثابت فيما اذا استأجرها للارضاع
ولا بد منه بعد انقضاء العدة ومقتضاه ان لا يجوز بعد العدة ايضا كما قبلها وهذا لان الوالدات في قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن عم
من البائنات فكان الايجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العدة وفيها وبعدها والمانع من الاخذ الاجرة
هو الاستحقاق بالوجوب وهو عام فيعم المنع الكل اذا ظهرت قدرتهن وذلك بالاقدام على الارضاع باجر وغاية ما يقال ان الارضاع من
نفقته وهي على الاب لا الام ويدفع فان هذه النفقة اوجبها الذي له ولاية الايجاب على الام بعد ان اوجب رزقها بادرار الثدي فلم
يبق منها سوى الفعل الاختياري واوجب عليها القيام به ديانة وثبت هذا الايجاب بالنص المذكور اعني يرضعن اولادهن والحق انه اوجب مقيدا بايجاب
رزقها عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ففي حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشيء فتقوم الاجرة مقامه **قوله** وفي جميع ما ذكرنا
انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصبي مال واطلقه فيعم جميع اصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان له ذلك فللاب ان يبيعه وينفقه
عليه كذا يعطي منه اجر رضاعه وهذا لان ايجاب نفقة احد الموسرين على الآخر اذا لم يكن لاحتباسه ذلك ليس باولى من ايجاب نفقته ذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها
لغرض آخر فنفقتها عليه وان كانت غنية اما الولد فنفقته للحاجة فاذا استغنى بماله اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم والله اعلم

فصل قوله على الرجل اي الموسر **قوله** واجداده يدخل فيه اجداد الاب واجداد الام وان علوا وفي جداته لابيه وجداته لامه
وان علون **قوله** اذا كانوا فقراء يوافق باطلاقه قول السرخسي حيث قال اذا كان الاب قادرا على الكسب يجبر الابن على
النفقة بخلاف قول الحلواني انه لا يجبر اذا كان الاب كسوبا لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في ايجاب النفقة على غيره واذا
كان الابن قادرا على الكسب لا تجب نفقته على الاب فلو كان كل منهما كسوبا يجب ان يكتسب الابن وينفق على الاب فالمعتبر في ايجاب
النفقة للوالدين مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى في اكساله الى الكد والتعب اكثر منه في التأفيف المحرم بقوله تعالى
ولا تقل لهما اف ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لانه في مقابلة احتباسه اياها لاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضي
الغني **قوله** نزلت في الابوين الكافرين بدليل ما قبله وهو قوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما
في الدنيا معروفا واتبع سبيل من اناب الي ففرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف وليس من المعروف ان يتركهما مع الجوع والعري
ويتقلب هو في النعم الا ان محلها على غير الحربيين فاما الآباء الحربيون وان كانوا مستأمنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله
تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين
الآية فبينها وبين الآية الاولى عموم وخصوص من وجه فيتصادقان في الابوين الحربيين وتنفرد آية المصاحبة في غير الحربيين وآية النهي
في غير الابوين فتعارضا في الابوين الحربيين فقدمت آية النهي لتقديم المحرم على المبيح ولقائل ان يقول النهي انما يتعلق بالذين تحقق منهم
قتال في الدين واخراج المسلمين من ديارهم اهل مكة فلا يتناول الابوين الحربيين الذين لم يتحقق منهم قتال ولا مظاهرة على اخراج
ولا يصح القياس على اهل مكة بجامع كونهم حربا لان الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والاخراج منه ايضا صرح النص بعدم النهي
عنه بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم ومعلوم ان الذين لم يقاتلوا ايضا حربيون **قوله** واما الاجداد والجدات فلانهم

اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها بحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم ولا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما

من الآباء والامهات ظاهره انهم يدخلون في اللفظ اعني لفظ الابوين الذي هو مرجع الضمير من صاحبهما في الدنيا وفيه نظر فانهم في مسئلة الامان فيما اذا قالوا آمنونا على ابنائنا صححوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ فان اراد الحاقهم بالقياس فلا بل لا ينبغي ان يعلل دخولهم فانهم من الآباء بل يعلل استحقاق الابوين النفقة بتسببهم في وجوده ويلحق بهما الاجداد ويعتبره في عموم المجاز ومن العجب عدم اعتبارهم اياه في عموم المجاز في الامان ليدخل الاجداد مع ان الامان يحتاط في اثباته وقوله ولهذا يقوم الجد الخ قيامه مقامه في الوراثة وولاية النكاح والتصرف في مال ولد الولد هذا ولو قال المصنف من الوالدين والوالدات كان اقرب لان مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الابوان **قوله** اما الزوجة الخ عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها انه حيث اضاف ايجاب النفقة الى العقد فهو اضافة الى العلة البعيدة فان المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا **قوله** فكما لا يمتنع الخ الاحسن ان يقال فكما يجبر على انفاقه على نفسه مع كفره وذميته يجبر على نفقة جزئه لان عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب الذي هو المطلوب بل اخص منه وهو الجبر عليه وكونه يجبره الحاكم على انفاقه على نفسه محل نظر اما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا امره بالمعروف من ذلك **قوله** ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم اظهار لبعض صور ذلك الكلي وهو قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد وقوله لان النفقة اي نفقة غير الولاد متعلقة بالارث يعني بالقرابة والمحرمية مقيدا بالارث بالنص وهو قوله تعالى بعد ان قال سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك فعلقه به ولا ارث بين المسلم والكافر بخلاف العتق فانه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا بقيد كونه وارثا بالحديث وهو قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وسياتي الكلام عليه **قوله** فاعتبرنا في الاعلى وهو دوام ملك اليمين اصل العلة وهو القرابة المحرمة وفي الادنى وهو النفقة العلة المؤكدة بالتوارث وهذا في الحقيقة ابداء لحكمة الشرع يعني انما شرع سبحانه ايجاب النفقة على القريب مقيدا بالارث وشرع عتق القريب اذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق وهو ان عدم النفقة قطيعة واستمرار ملك رقبة القريب فوقه في القطيعة فاوجب دفعها بلا مؤكد بخلاف ما لم يبلغ مبلغه في القطيعة فانه لم يدفعه الا مؤكدة وما قيل الضابط عندنا الرحم والمحرمية والارث ليس شرطا حتى تجب النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم فالحق في الجواب ان ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث في الجملة كذلك لا من يثبت له ميراث بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة على اخراج الكافر الذمي لانا نقول بل هو اثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العدم الاصلي لان نفيه مضاف الى اللفظ **قوله** لان لهما تاويلا في مال الولد يفيد ان لهما ملكا بالنص وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وسياتي في باب الوطء الذي يوجب الحد واخرج اصحاب السنن الاربعة عن عائشة رض قال صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه حسنه الترمذي فان قيل هذا يقتضي ان له ملكا ناجزا في ماله قلنا نعم لو لم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه البيهقي عنها مرفوعا ان اولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور واموالهم لكم اذا احتجتم اليها ومما يقطع بانه مؤول انه تعالى ورث الاب من ابنه السدس مع ولد ولده فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شيء مع وجوده **قوله** هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث اثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين

والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز

كما في الميراث قياسا على نفقة ذوي الارحام وبه قال الشافعي في احمد والحق الاستواء فيهما لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لان الوجوب علق فيه بالارث ولهذا يثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث فان كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لاحد على احد ويجب التفصيل بين ان يكون الابن قادرا على الكسب مع اعساره اولا ويجري فيه الخلاف السابق بين شمس الائمة السرخسي والحلواني وعن ابي يوسف قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه ان يضم الاب اليه لئلا يضيع ولا يخشى منه الهلاك على الولد لان الانسان لا يهلك على نصف بطنه وقال عمر كلوا في بعض بطونكم تعففوا وفي الفتاوى يجبر الابن على نفقة زوجة ابيه ولا يجبر الاب على نفقة زوجة ابنه وفي نفقات الحلواني قال فيه روايتان في رواية كما قلنا وفي رواية انما تجب نفقة زوجة الاب اذا كان الاب مريضا او به زمانة يحتاج الى الخدمة اما اذا كان صحيحا فلا قال في المحيط فعلى هذا لا فرق بين الاب والابن فان الابن اذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه ثم الاصل في نفقة الوالدين والمولودين انه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث وكذا لو كان له اخ شقيق وبنت بنت وان سفلت او ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وان كان ميراثه لاخيه ولو كان له بنت ومولى عتاقه فالنفقة عليها مع اشتراكهما في الميراث واذا كان للفقير والد وابن ابن موسران فالنفقة على الوالد لانه اقرب واذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة لانها وان كان الميراث بينهما فالبنت اقرب فاذا استويا فالنفقة عليهما الا ان يترجح احدهما بمرجح وهما وارثان واذا كان له ولد ابن وولد بنت فهما سواء في النفقة وان كان الارث لولد الابن وكذا اذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما والميراث للمسلم فقط ولو كان له والد وولد فهو على الولد لاستوائهما في القرب فيترجح الولد باعتبار التاويل ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما للاستواء في القرب وعدم الترجيح الكل من المحيط واذا اختلفا فقال الابن هو غني وليس عليه نفقة وقال الاب انا معسر ذكر في المنتقى ان القول للاب والبينة بينة الابن **قوله والنفقة لكل ذي رحم محرم** اي واجبة يجبر عليها فهو من حذف الخبر لقرينة لا من الاخبار بالجار والمجرور ناشئين عن الخبر لوجوب تعلقهما بكون المطلق وليس هو كذلك هنا وقال احمد على كل وارث محرما كان اولا وهو قول ابن ابي ليلى وقال الشافعي لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالاخوة والاعمام ووجهه انه يجعل الاشارة في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لنفي المضارة لا لايجاب النفقة فلا يبقى دليل على ايجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعي قلنا نفيها لا يختص بالوارث ثم هو مخالف للظاهر من الاشارة المقرونة بالكاف فانها بحسب الوضع للبعيد دون القريب ووجه قول احمد انه تعالى علقها بالوارث فتقييد المحرمية زيادة قلنا في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فيكون بيانا للقراءة المتواترة فان قيل القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة اجيب بانها كانت مشهورة واستدل على الاطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال قدمت المدينة فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول يد المعطي العليا وابدا بمن تعول امك واباك واختك واخاك ثم ادناك ادناك وما رواه احمد وابو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة القشيري قلت يا رسول الله من ابر قال امك قال ثم من قال امك قال ثم من قال اباك ثم الاقرب فالاقرب قال الترمذي حسن وفي صحيح مسلم فان فضل عن اهلك شيء فلذي قرابتك فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالارث ولا يخفى ان الثاني لا يفيد وجوب النفقة اصلا لانه جواب قول السائل من ابر وهو لا يستلزم كونه سؤالا عن البر المفروض لجواز كونه سؤالا عن الافضل منه فيكون الجواب عنه بخلافه

فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال العبد الضعيف عصمه الله وهذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل عن ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير

بخلاف الاول لم يعتبرها معارضا للنص لان الايجاب على الوارث بالنص لا ينبغي ان تجب على غيره فيثبت بالحديث عند من لا يقول بمفهوم الصفة على ان القائل ان يلزمهم ان الوارث اريد به القريب غير به خصوصا على رايكم وهو ان كل قريب وارث لتوريثكم ذوي الارحام مع قولكم ان المراد به اهلية الارث في الجملة حتى قالوا اذا كان له خال وابن عم ان نفقته على خاله وميراثه لابن عمه اللهم الا ان يثبت قولنا بالقطع بان ايجاب نفقته لوجوب الوصل في القرابة التي يفترض وصلها بالنصوص على المحرمية بخلاف غيرها لا يفترض وصلها لان التحريم انما يثبت للوصل وهو الظاهر لما تقرر انه سبب التحريم في المحرمات من القرابات لان الافتراض اما عدم وصل او يؤدي اليه **قوله** فان القادر على الكسب غني بكسبه قالوا هي على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغا ولهذا اخذ في البالغ الذي يجب نفقته من غير الولاد الزمانة حيث قال والابن الزمن البالغ ويصرح بما قلنا ما في الكافي للحاكم حيث قال في باب نفقة ذوي الارحام ولا يجبر موسر على نفقة احد من قرابته اذا كان رجلا صحيحا وان كان لا يقدر على الكسب الا في الولد خاصة وفي الجد ابي الاب اذا مات الولد فاني اجبر الولد على نفقة والده وان كان صحيحا انتهى وهذا جواب الرواية وهو يفيد قول شمس الائمة السرخسي بخلاف الحلواني على ما قدمناه **قوله** لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار بطريق انه يفيد عليه ماخذ الاشتقاق وهو الارث فيثبت الحكم في محل وجود العلة على قدر وجودها مثاله اذا كان له اخ شقيق او لاب واخت شقيقة او لاب فالنفقة عليهما اثلاثا على الاخ الثلثان وعلى الاخت الثلث لان ميراثهما منه كذلك ولو كانا لام وجبت عليهما نصفين كارثهما ولو كان معهما اخ لابوين او لاب او عصبة آخر فالثلثان على العاصب ولو كان الاخ لاب واخ لام فالسدس على الاخ لام وخمسة الاسداس على الاخ لاب **قوله** ووجه الفرق اي بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن **قوله** فاختص بنفقته لانه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه بخلاف البالغ ليس للاب ولاية عليه ليكون في معنى نفسه فاعتبر كسائر المحارم **قوله** على الاخوات المتفرقات بان تكون اخت شقيقة واخرى لاب واخرى لام اخماسا ثلاثة اخماسها على الشقيقة وخمس على التي لاب وخمس على التي لام لان ميراثهن منه كذلك بواسطة الرد عليهن **قوله** غير ان المعتبر اهلية الارث هذا هو الجواب الذي اسلفناه وقدمنا تقريره وايضاحه ان حقيقة الوارث غير مرادة فانه لن يقوم به الارث بالفعل وهذا لا يتحقق الا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذرت ارادة الحقيقة فكان المراد من يثبت له ميراث والخال كذلك فوجبت نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية بخلاف ما اذا كان له خال وعم او عمة فان النفقة على العم لاشتراكهما في المحرمية واحراز العم الميراث في الحال لو مات فلو كان العم موسرا وجبت بين العمة والخال اثلاثا على العمة الثلث ويجعل المعسر كالميت والحاصل ان قوله اهلية بالميراث لا احرازه فيما اذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم اما اذا ثبتت محرمية كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث في الحال كالخال والعم اذا اجتمعا فانه يعتبر احراز الميراث في الحال وتجب النفقة على العم واذا اتفقوا في المحرمية والارث في الحال وكان بعضهم فقيرا يجعل كالمعدوم ووجبت على الباقين على قدر ارثهم كان ليس معهم غيرهم **قوله** ثم اليسار مقدر بالنصاب اي بنصاب الزكاة على ما روي عن ابي يوسف وعن محمد روايتان احداهما بما يفضل عن نفقة شهر والاخرى بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهما ويكفيه اربعة دوانق وجبت عليه الدانقان للقريب ومحل الروايتين على حاجة الانسان

والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة. واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه. واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز في ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك في حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب والثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه ولو كان للابن الغائب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان

ان كان مكتسبا لا مال له فاضل اعتبر فضل كسبه اليومي وان لم يكن بل له مال اعتبر نفقة شهر فينفق وما فات الشهر فان صار بقدر النفقة نفقتهم عنه ومال السرخسي الى قول محمد في الكسب فانه علله بان قال لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدي تيسيرا للاداء وتيسير الاداء اذا كان كسبه يفضل عن نفقته وقال صاحب التحفة قول محمد ارفق ومال الاسبيجابي الى قول ابي يوسف قال لان النفقة تجب على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبدايته النصاب فيقدر به وقال في الخلاصة بعد ما نقل انه نصاب الزكوة وبه يفتى واختار صاحب الهداية انه نصاب حرمان الصدقة قوله والفتوى على الاول اي على ان اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول ابو يوسف وتقدم تفصيل النصب في باب صدقة الفطر الا ان النفقة لما كانت حق الادمي لنفسه تعتبر مجرد القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر حق تجب لله تعالى بسبب الادمي وحقوق الله تعالى يراعى فيها من اليسر ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل اذا لم يكن كسوبا يعتبر ان يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة فاذا انفق ولم يبق له شئ سقطت وان كان كسوبا يعتبر قول محمد وهذا يجب ان يعول عليه في الفتوى قوله واذا كان للابن الغائب مال عند ابويه فانفقا منه لم يضمنا لما قدمنا ان كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من هي عليه جاز له ان يأخذ اذا قدر بلا قضاء فالوالدان والولد والزوجة اذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم ان ينفقوه على انفسهم اذا احتاجوا قوله وقد بينا الوجه فيه عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء وهي قوله ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم قوله وان باع العقار لم يجز ولا يجوز للاب بيع عقار الابن الا اذا كان الابن صغيرا او مجنونا ولا يجوز لغيره مطلقا قوله لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ وقرر في النهاية وجه القياس بان ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبي رشيدا الا فيما فيه تخصيصا على الغائب ولا يخفى ان قيد الرشد ليس معتبرا في انقطاع ولاية الاب نعم اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله حتى يؤنس منه الرشد او يبلغ خمسا وعشرين سنة على ما عرف فمع ذلك لا حجر عليه حتى امكنه ان يباشر العقود الموجبة للدين عليه ولنا قالا في جواب ابي حنيفة رح هناك ان منع المال لا يفيد مع فك الحجر لانه يتلفه بلسانه بان يباشر العقود الى آخر ما عرف في باب الحجر قوله وكذا لا تملك الام في نفقتها مع انها مساوية للاب في استحقاق النفقة وكذا ليس للقاضي ان يحكم به مع عموم ولايته قوله ولابي حنيفة رح حاصله الفرق بين الاب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب وبيع العروض من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا ملكه الوصي فلان يملكه الاب اولى لان الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال ان لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذه بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يحتاج الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه الا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد او جنونه ومقتضى هذا صحة بيع الاب للعروض على الكبير اذا لم يكن للدين بخلاف غير الاب ليس له ولاية الحفظ وليس له البيع لكن نقل في الذخيرة عن الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدوري في شرحه فانه اضاف البيع اليهما فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان ووجه رواية الاقضية ان معنى الولاد يجمعهما وهما في استحقاق النفقة سواء وعلى تقدير الاتفاق فتأويله ان الاب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليها اما بيعها لنفسها فبعيد لان جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ قوله فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن اي في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى لا ضمان

فظهر انه كان متبرعا به واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان ياذن القاضي بالاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي المدة

فصل وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله

عليه ولو مات الغائب حل له ان يحلف لورثته انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وفي النوادر لو لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحسانا وقالوا في رفقة في سفر اغمي على احدهم او مات فانفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من اصحاب محمد خرجوا الى الحج واحد فباعوا ما كان له معهم فلما وصلوا سالهم محمد فذكروا له ذلك فقال لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء وكذا باع محمد كتب تلميذ له مات وانفق في تجهيزه فقيل له انه لم يوص بذلك فتلا قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا في عبد مأذون مات مولاه في بلاد بعيدة فانفق على نفسه وما معه من الدواب والامتعة لا يضمن وكذا عن مشائخ بلخ في مسجد له اوقاف ولا متولي له فقام رجل من اهل المحلة في جمع ريعها وانفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصير والحشيش لا يضمن استحسانا **قوله** فظهر الخ يعني اذا ضمنه الغائب ظهر ملكه لما دفعه للابوين حال دفعه لهما فيظهر انه كان متبرعا بملكه لهما فلا رجوع له عليهما **قوله** فمضت مدة سقطت هذا اذا طالت المدة فاما اذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط قيل وكيف لا تصير القصيرة دينا والقاضي مامور بالقضاء ولو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كلما مضى يسقط لم يكن استيفاء شيء ومثل هذا قدمناه في غير المفروضة من نفقة الزوجات **قوله** لان نفقة هؤلاء تجب للحاجة وعن هذا ما قدمناه من انه لو اعطاهم نفقة او كسوة فسرقت او هلكت كان عليه اخرى لان الحاجة لم تندفع بما سرق ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة ليس عليه اخرى حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة لانها للزوجة ليست شرعا لحاجتها بل لاحتباسها في تلك المدة وبالتلف قبل مضي تلك المدة لم ينتف الاحتياض عنها **قوله** الا ان ياذن القاضي بالاستدانة فلا تسقط وان كان في نفقة ذوي الارحام لما ذكر في الكتاب ما ذكر في زكوة الجامع ان دين نفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكوة لان له مطالبا من جهة العباد فسوى بين نفقة الزوجات والاقارب اختلفوا فيه قيل محمله في نفقة الاقارب ما اذا اذن القاضي في الاستدانة واستدانوا لحتى احتاجوا الى قضاء الدين اما اذا لم يستدينوا بل اكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا والى هذا مال السرخسي وحكم به كثير من القضاة المتاخرين ونصروه وقيده والاطلاق لصاحب الهداية وقيل محمله ما اذا قصرت المدة بان يكون شهرا فاقل والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل قوله وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته عليه اجماع العلماء قيل الا الشعبي والاولى ان يحمل قوله على ما اذا كانوا يقدرون على الاكتساب فانه لا يجب على المولى كما سنذكره ولو كان العبد بين رجلين فغاب احدهما فانفق الآخر بغير اذن القاضي وبغير اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط اذا انفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا كان انفق احدهما في مرمتها بغير اذن صاحبه وبغير امر القاضي فهو متطوع كذا في الخلاصة وفيها اذا شهد شاهدان على رجل في يده امة ان هذه حرة قبل القاضي هذه الشهادة او عتق الامة او حدثت ولفظها على يد عدل وتفرض نفقة الامة ان طلبت على الذي كانت في يده انتهى ولو ان عبدا صغيرا في يد رجل فقال لغيره هذا عبدك او وعيته عندي فانكره يستحلف او ادعه لم ثم تقضى بنفقته على من هو في يده لانه اقر برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه ولو كان كبيرا لا يحلف لانه في يد نفسه والقول له في الرق والحرية والحديث الذي ذكره في الصحيحين من حديث ابي ذر انه صلى الله عليه وسلم قال هم اخوانكم

فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا يؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ما قلنا والله اعلم

اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما ياكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم ورواه ابو داود بسند صحيح وزاد فيه ومن لم يلائمكم منهم فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله وعن علي رضي الله عنه قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلوة الصلوة اتقوا الله فيما ملكت ايمانكم رواه احمد والمراد من جنس ما تاكلون وتلبسون لا مثله فاذا البسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائق كفى بخلاف البابسة نحو الجوالق والله اعلم ولم يتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسون مثلهم الا الافراد قوله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا على انفسهما حتى لو كان يتمكن من الانفاق على نفسه من مال السيد ليس له ان يتناول منه الا اذا نهاه عن الكسب اما اذا كان عاجزا عن الكسب فله ان يتناول من مال السيد اذا ابى ان ينفق عليه قوله بان كان عبدا زمنا يفيد انه اذا كان صحيحا الا انه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن ان يؤاجر نفسه في بعض الاعمال كحمل شيء وتحويل شيء كمعين البناء وما قدمناه نقلا من الكافي في نفقة ذوي الارحام يثبت هنا اولى وكذا اذا كانت جارية لا يؤاجر مثلها بان كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة اجبر على الانفاق او البيع بخلاف المدبر والمدبرة وام الولد فانه يجبر على الانفاق عليهم عينا ان لم يقدرا على الكسب بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقه بشيء ولو اعتق عبدا زمنا سقطت نفقته عنه وتجب في بيت المال وكذا العبد الصغير لانه ليس بينهما محرمية وان كان عصبته له كابن العم قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ ظاهر الرواية انه لا يجبره القاضي على ترك الانفاق عليها لان الاجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضي له ويعتمد اهلية الاستحقاق في المقضي له وليس فليس لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون اثما معاقبا بحبسها عن البيع مع عدم الانفاق وفي الحديث امراة دخلت النار في هرة حبستها حتى ماتت لا هي اطعمتها تاكل من حشرات الارض ولا هي اطعمتها وذكر المصنف عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ما تقدم من رواية ابي داود لا تعذبوا خلق الله ونهيه عن اضاعة المال وهو ما في الصحيحين من انه عليه السلام كان ينهى عن اضاعة المال وكثرة السؤال وعن هذا ذكر انه يكره في غير الحيوان ان لا ينفق عليها كالاملاك من الدور والزروع فانه يؤدي الى ضياع المال وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله وغاية ما فيه ان يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه وظاهر المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب احدهما من القاضي ان يامره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فان القاضي يقول للآبي اما ان تبيع نصيبك من الدابة او تنفق عليها رعاية لجانب الشريك ذكره الخصاف وفي المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر لتضرر الشريك فرع وتجب النفقة على من له النفقة مالكا كان او لا مثاله اوصى بعبد الرجل وخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة ولو اوصى بجارية لانسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله اوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فان انهدمت فقال صاحب السكنى انا ابنيها واسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه لصاحب العلو ان يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه لا يكون متبرعا وكذا لو اوصى بنخل لواحد وثمرتها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة وفي التبيين والحفظة ان بقي من ثمرتها شيء فالنفقة في ذلك المال وان لم يبق فالتخليص عليهما لان المنفعة لهما واقول ينبغي ان يكون على قدر قيمة

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك

ما يحصل لكل منهما والا يلزم ضرر صاحب القليل الا يرى الى قولهم في السمسم اذا اوصى بدهنه لواحد وبثجيره لآخر ان النفقة على من له الدهن لعادة عدم ما وان كان قد يباع ينبغي ان يجعل كالحنطة والتبن في ديارنا لان الكسب يباع لعلف البقر وغيره وكذا الجلد فيما عن محمد في ذبح شاة فاوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن انه يكون على قدر الحاصل لهما وقيل الذبح اجرة الذبح على صاحب اللحم الا الجلد ونفقة المبيع قبل ان تعيض قيل على المشتري فتكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح انه على البائع ما دام في يده ويجوز وضع الضريبة على العبد لا يجبر عليها بل ان اتفقا على ذلك

كتاب العتاق

قوله اشترك كل من الطلاق والعتاق في انه اسقاط الا انه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط ملك منافع البضع واما اسقاط ملك ما في الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك القصاص يسمى عفوا ميزت انواع الاسقاطات باسماء لينسب اليها مع اختصار وتسري اضافة البعض الى الكل وهذا ظاهر قولهما وعلى قوله بتاويل الاول الى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ الا انه قدم الطلاق وان كان غير مندوب اليه على العتق المندوب اليه وصلاته بمقابله وهو النكاح ولانه تقع محله بشرط وجوده فكان متصلا به وهو من بيان احكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق وبيان متعلق الحكم بين نفس الحكم المتعلق لانه في بيان ان يملكه على اي وجه من الحل والحرمة والسنة والبدعة وغير ذلك ولا يخفى ما في الاعتاق من المحاسن فان الرق اثر الكفر فالعتق ازالة اثر الكفر وهو احياء حكمي لموت حكمي فان الكافر ميت معنى فانه لم ينتفع بحياته ولم يذق حلاوتها العليا فصار كان لم يكن له روح قال تعالى اومن كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه ثم اثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب اهليته لما تاهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من انكاح الابنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه وامتنع ايضا بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلوة الجمعة والحج والجهاد وصلوة الجنازة وفي هذا كله من الضرر ما لا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموات في كثير من الصفات فكان العتق احياء له معنى ولذا والله اعلم كان جزاؤه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم الاعتاق من نار الجحيم التي هي الهلاك الاكبر فقوبل احياؤه معنى باحياء معنى اعظم احياء كما ورد به الاخبار عن سيد الاخيار من الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال ايما امرئ مسلم اعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وفي لفظ من اعتق رقبة مؤمنة اعتق الله بكل عضو منها عضوا من اعضائه من النار حتى الفرج بالفرج اخرجه الترمذي في الايمان والنذور ورواه ابن ماجة في الاحكام والباقون في العتق واخرج ابو داود وابن ماجة عن كعب بن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ايما رجل مسلم اعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار وايما امرأة مسلمة اعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار وروى ابو داود وايما رجل اعتق امرأتين مسلمتين الا كانتا فكاكه من النار يجزى مكان عظمين منهما عظم من عظامه وهذا يستفيد ما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة لانه ظهر ان عتقه يعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلا والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة ومنه عتاق الطير لجوارحها وعتق الفرخ اذا قوي على الطيران وفرس عتيق اذا كان سابقا وذلك عن قوته والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك احد في عصر من الاعصار وقيل للقديم عتيق لقوة سبقه وللخمر اذا تقادمت لزيادة قوتها القوة تاثيرا وباعتبار التقدم او السبق جاء بيت اوس بن حجر حيث قال على السنة عتقت قديما وليس لها ان طلبت مرام يعني قدمت وانها لا ترام بحال وبعده بان العذري علمت سعد على وجارتي مني حرام المعنى انه

ولا يملك المملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا لو قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية

سمعت من قديم انه لا يقيد، ولا يقين تجارية وكذا القول عتقت اذا سبقت لك الفضل القوة والعتق ايضا يقال للجمال ومنه سمي الصديق عتيقا بجماله وقيل لانه من نبي الخير وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه فانه قوة في الحسب وهو معنى ما ذكره يقال للكريم يعني الحسيب وقيل قالت امه لما وضعته هذا عتيقك من الموت وكان لا يعيش لها ولد وقيل هو اسمه العلم فيكون ان يكون سبب وضعه له الجمال او تفاؤلا بالحسب المنيف او بعد والمرجع كل هذه المفهومات ترجع الى زيادة قوة في معانيها واذا كان العتق لغة القوة فالاعتاق اثبات القوة كما قال المصنف والعتق في الشرع خلوص حكمي يظهر في الآدمي كما قدمناه ثابتا بالرق ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به القدرية على ما لم يكن يقدر عليه فمن هذا يقال انه القوة الشرعية ويمكن ان يكون هذا المعنى من افراد المعنى اللغوي وعن هذا قال في الصحاح العتق الحرية بناء على ان القوة المفسر بها لغة اعم من كونها في البدن او ما يرجع الى معنى آخر ولذا اطلقوه في تلك المواضع التي عددناها باعتبار قوة ترجع الى معان مختلفة الا انه مقيد بالحرية الطارئة على الرق وبه صرح في المغرب حيث قال العتق الخروج عن المملوكية فالاعتاق شرعا اثبات القوة الشرعية والتحرير اثبات الحرية وهو الخلوص يقال طين حر للخالص عما يشوبه ومنه يقال ارض حرة لا خراج عليها والكل يرجع الى معنى القوة والرق في اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق وقد يقال العتق بمعنى الاعتاق في الاستعمال الفقهي تجوزا باسم المسبب عن السبب كقول محمد انت طالق مع عتق مولاك اياك وسببه الباعث في الواجب تفريغ ذمته وفي غيره قصد التقرب الى الله تعالى واما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب وقد يكون نفس الملك في القريب وقد يكون الاقرار بحرية عبد انسان حتى لو ملكه عتق وقد يكون بالدخول في دار الحرب فان الحربي لو اشترى عبدا مسلما فدخل في دار الحرب ولم يشعر به عتق عند ابي حنيفة وكذا ان زال يده عنه بان هرب من مولاه الحربي الى دار الاسلام وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره وهو بقية كون الاعتاق اللفظي الانشائي وشرطه ان يكون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته في الاختياري انه مندوب اليه غالبا ولا يلزم في تحققه شرعا وقوعه عبادة فانه يوجب بلا اختيار ومن الكافر وقد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا اذا غلب على ظنه انه لو اعتقه يذهب الى دار الحرب او يرتد او يخاف منه السرقة وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية وقد يكون واجبا كالكفارة وقد يكون مباحا كالعتق لزيد والقربة ما يكون خالصا لله تعالى فتحصل ان العتق يوصف بالاحكام من الوجوب والندب والاباحة والتحريم ثم ان في عتق العبد الذمي ما لم يخف ما ذكرنا اجرا لتمكينه من النظر في الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه واما ما عن مالك انه اذا كان اعلى ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه افضل من عتق المسلم لقوله عليه السلام افضلها اعلاها بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالاعلى من المسلمين لانه تمكين من مقاصده وتفريغه واما ما يقال في عتق الكافر ما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر فان الظاهر رسوخ الاعتقادات والفها فلا يرجع عنها ولذا شاهد الاحرار بالاصالة منهم لا يزدادون الا ارتباطا لعقائدهم فضلا عمن عرضت حريته نعم الوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين واما تفريغه للتامل فيسلم فهو احتمل والله اعلم قوله ولا يملك المملوك عن عثمان ان مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور وعن الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالكا عن ابن عمر رضي الله عنهما قال من اعتق عبدا وله مال فالمال للعبد رواه احمد وكان ابن عمر اذا اعتق عبدا لم يتعرض لماله قيل الحديث خطأ وقيل عمر من باب الفضل والجمهور عن

وكذا لو قال الصبي كل مملوك اَملكه فهو حر اذا احتلمت لا يعتق لانه ليس بأهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العتق في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او قد اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة لانه يحتمله

ابن مسعود انه قال لعبده يا عمير اني اريد ان اعتقك عتقا هنيئا فاخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ايما رجل اعتق عبده او غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيده رواه الاثرم قوله وكذا اذا قال الصبي الخ وكذا اذا قال المجنون اذا افقت فهو حر لا ينعقد لانهما ليسا سببا عند الشرط لعدم الاهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقا معتبرا قوله لقوله عليه السلام الخ رواه ابو داود والترمذي في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو احسن شيء روي في هذا الباب وقوله حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ مقيد بعدم الوكالة قوله لان هذه الالفاظ صريح فيه الالفاظ التي تستعمل لانشاء الاعتاق صريح وكناية فالصريح المولى والحرية والعتق باي صيغة كان فعلا او وصفا او مصدرا فالفعل نحو اعتقتك وحررتك واعتقك الله على الاصح وقيل بالنية والوصف نحو انت حر محرر عتيق معتق ولو في النداء كيا حر ويا عتيق فانه كهذا حر والمولى كقوله هذا مولاي او يا مولاي يعتق وان لم ينوه ثم حكم الصريح ان يقع به نواه او لم ينوه لان نوى غيره الا في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع اذا نوى غيره فلو قال نويت بالمولى الناصر لا يصدق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى وينبغي ان يكون هذا اذا لم يكن هازلا فان كان هازلا فانه يقع فيما بينه وبين الله تعالى وان نوى غيره وهو الكاذب هازلا هكذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافي من قوله ذكر محمد بن الحسن عن ابي يوسف عن اسمعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن ابي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من لعب بطلاق او عتاق فهو جائز عليه ونزلت هذه الآية ولا تتخذوا آيات الله هزوا فان ذلك يقتضي وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به وذكر يعني محمدا عن عمر بن الخطاب رض قال من تكلم بعتاق او طلاق او نكاح فهو جائز عليه وزاد الشافعية في الصريح فك الرقبة ودفع بانه خلاف الحديث وهو قوله عليه السلام لذلك القائل علمنا سواء فك الرقبة ان تعين في عتقها وقوله تصبح حرا منافية للعتق وتقوم حرا وتقعد يعتق في الحال ولو قال انت حر النفس عتق في القضاء وان قال حر في اخلاقك او اخلاقك لا يعتق كذا روى محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة وقال انا انوي انه التيقن اذا اراد به الحيثية وعن ابي يوسف يعتق بالنية قيل والظاهر قول محمد وبادنى تامل يظهر ان لا فرق بين العبارتين في المعنى فاذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل وعن احمد انه صريح فيستبعد قوله لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا على وجه تعيينا ورتبا قرينة مع الشهرة فيه وذلك امارة الوضع فوافق قول الايضاح وغيره حيث قال الصريح ما وضع له والوضع يغني عن النية قوله فاغنى عن النية يعني انه لا يشترط النية لثبوت العتق اما نيته عدمه بان ينوي به شيئا آخر فمعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء على ما سنذكر قوله والوضع اي وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجيء فيه الخلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا مثلا وضع نسبة الفعل الذي عين الواضع صيغته للدلالة على مضي حدثه الى شيء ليفيد الاخبار بانه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعلها لاثبات امر لم يكن وضع آخر له والحاصل ان الحاجة قائمة الى اثبات هذه المعاني عند النطق ولا بد من وضعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الالفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها وهذا لان اهل اللغة ايضا يثبتون هذا المعنى اعني تحرير العبيد والاماء ببعض هذه الالفاظ فقوله فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية لم يصرح بفاعل الجعل المذكور ولا شك انه الشارع ويفيده

ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقا له فيما اخبر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء

قوله كما في البيع ايضا فيجب ان المراد يجعل الشارع تقريره ولذا في الطلاق والعتاق وقد قدمنا في باب ايقاع الطلاق تقرير كلام الاصحاب منه ان الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحا للاخبار قبيله وكلام الكافي في العتق ايضا مثله وهو يقتضي انه على خبريته لم يجعل انشاء اصلا وعلى ما قررناه في الطلاق ولفظ البيع يخالف ذلك وانما لا تعتبر النية لانها انما تعتبر اذا كان مرادا مشتبها والحق ان المعنى متبادر في خصوص المادة وهو ما اذا كان الخطاب للعبد او هو بالاشارة كقوله هذا حر فانه يعتق به ايضا والوضع بعيد باعتبار خصوصها مخاطب او متكلم فلم يكن وضعا جديدا فيكون ثبوت العتق عنده بحكم الشرع اقتضاء تصحيحا للاخبار كما مشى عليه في الكافي هنا وهو غيره في الطلاق ثم هذا التقرير انما يجري في غير النداء فالتقرير فيه لا يثبت وتعامل اقتصارا على ما يذكر المص هنا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبتك نفسك او بعتك نفسك منك فانه يعتق وان لم ينو لان موجب هذا اللفظ ازالة ملكه الا انه اذا اوجبه لاخر يتوقف على قبوله واذا اوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الاسقاط فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد بالرد واما اذا قال بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول **قوله** ولا يدين لانه خلاف الظاهر بخلاف ما لو قال عنيت انه كان حرا في وقت فانه ينظر ان كان العبد من السبي دين وان كان مولدا لا يدين كذا في الغاية **فرع** في المبسوط دعا عبده سالما فاجابه اخر فقال انت حر ولا نية له عتق المجيب ولو قال عنيت سالما عتقا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى انما يعتق الذي عناه لو قال يا سالم انت حر فاذا هو عبد آخر عتق سالم لانه لا يخاطب الا سالما وفيه قال لعبده انت حر او لزوجته انت طالق ان نوى العتق والطلاق وقع لانه يفهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب الا انها ليست صريحة لانها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكناية فتتوقف على النية ولو قال انت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لانه اذا صار حرا في شيء صار حرا في كل الاشياء **قوله** هذا هو حقيقته تكلم في النداء في مواضع اولها هذا وتمام عبارته فيه فيقتضي تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد اي في مسئلة يا ابني ثانيها فيما اذا لقبه حرا ثم ناداه يا آزاد او ناداه يا حر انه يعتق فقال لانه ليس نداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف المذكور وهذا معناه يفيد ان المحقق باعتبار اخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت تصديقا له ولا يخفى انه لا اخبار في النداء الا ضمنا فان قوله يا حر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية فيثبت الحرية بها تصحيحا للكلام وهذا يفيد ان ثبوتها اقتضاء تصحيحا للاخبار الضمني وهو لا يقتضي نقل الاخبار الى الانشاء واما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله يا ابني يا اخي حيث لا يعتق فهذا وفيه في ثبوت الاعتاق قيد آخر وهو ان يكون ذلك الوصف الذي عبر عن المنادى يمكن اثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك يجعل مجردا اعلاما به استحضارا والنبوة لا يمكن اثباتها حالة النداء لانه لو خلق من ماء غيره كان ابنا له قبل النداء لا به **فرع** في جامع الفقه قال لعبد غيره يا حر ثم اشتراه يعتق قيل هذا نقض للقاعدة اجيب بانه يمكن اثباته حال النداء بان اعتق عبد غيره واجاز المولى فانه يعتق **قوله** لان مراده الاعلام اي اعلام العبد باسم علمه ليحضر بندائه وهذا انما اذا كان علما له معلوما فيكون قصد غير استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق الا ان يريده فيعتق ح **قوله** او قال لامته فرجك حر خص الامة لان قوله للعبد ذكرك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة ولو قال لها فرجك على حرام لم ينو العتق لا يعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان وفي لسانك حر يعتق لانه يقال هو لسان القوم

وسيأتي الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا إلا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لأن السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني

وفي الدم روايتان ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت وفي الدبر والاست الأصح أنه لا يعتق لأنه لا يعبر به عن البدن وفي العتق روايتان والأولى ثبوت العتق في ذكرك حر لأنه يقال في العرف هو ذكر من الذكور وقال فحل ذكر وهو ذكرهم قوله وسيأتي الخلاف فيه عند أبي حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهي مسئلة تجزي الإعتاق الآتية قوله ولو قال لا ملك لي عليك شروع في الكنايات الحاصل أن ما ليس بصريح من الألفاظ منها ما يقع العتق به إذا نواه ومنها ما لا يقع به شيء وإن نواه فالأول نحو لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خرجت من ملكي لا رق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند أبي حنيفة ومحمد رح وقوله لأمته أطلقتك أو أنت حرة وقال لعبده أنت حر عتقت في الجميع إن نوى ولو قال بانت منك أو حبلك على غاربك روي عن أبي حنيفة لا يعتق وإن نوى لأن الأشياء كلها لله تعالى بحكم التخليق وعندهما أنه يعتق لأن الخلوص لا يتحقق إلا بالعتق والثاني نحو أن يقول لعبده بنت مني ولأمته بتي مني أو حرمت علي أو أنت برية أو بائن أو بتة أو اخرجي أو اعزبي أو استبرئي أو تقنعي أو اذهبي أو اختاري فاختارت نفسها لا يثبت العتق بها وإن نواه وكذا طلقتك وكذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما نذكره وكذا إذا قال اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وإن نوى وفي المغني اذهب حيث شئت كناية ولو قال أنت مثل الحر لا يعتق لأن التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تحقق فلا تعتق وقال بعض المشايخ يعتق إذا نوى كقوله لامرأته أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير موليا إن نوى الإيلاء قوله لأن السلطان عبارة عن اليد قيل فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد السلطنة اليد لكن كلام المصنف يفيد أنه التحقيق من التساهل والتجوز فإنه قال وسمي السلطان به لقيام يده فإنه يقتضي أن المعنى الحقيقي الأصلي للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لقيامه باليد كما يسمى رجلا بالفضل لاتصافه به ثم قيل هو مشترك من الحجة واليد لقول ابن عباس كل سلطان في القرآن هو الحجة واليد فإذا قال لا سلطان لي عليك فإنما نفى الحجة واليد ولنفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب بخلاف نفي السبيل فإنه نفي الطريق والطريق السلوك إليه وحقيقة هذا يجعل كناية عن الملك لأن الطريق ما يتوصل به إلى غيره وذلك في العبد يتوصل به شرعا إلى إنفاذ التصرفات فإذا صح جعله كناية عنه عتق إذا أراده بخلاف السلطان فإنه اليد فنفيه نفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب فلو جعل كناية عن العتق وفيه إزالة اليد والملك لثبت باللفظ أكثر مما وضع له وأنه لا يجوز وكذا لا حجة لي عليك واعلم أن بعض المشايخ مال إلى أنه يعتق بالنية في لا سلطان لي عليك وبه قال الأئمة الثلاثة وقال بعض المشايخ إنه ليس ببعيد وعن الكرخي رح في عمري لم يتضح لي الفرق بين السلطان والسبيل وقيل هذا الإمام لا يقع له مثل هذا والمحل مشكل وهو به جدير آنا أو لا فلأن اليد المفسر بها السلطان ليس مرادا بها الجارحة المحسوسة بل القدرة فإذا قيل له سلطان أي يد يعني الاستيلاء وقد صرح في الكشاف بأن السلطان يراد به الاستيلاء وإذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء حقيقة أو مجازا فصح أن يراد منه ما يراد بنفي السبيل بل أولى بادني تأمل وأما ثانيا فالمانع الذي عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له غير مانع إذ غاية الأمر أن يكون المعنى المجازي أوسع من الحقيقي ولا يد في ذلك بل هو ثابت في المجازات العامة فإن المعنى الحقيقي فيها يصير من أفراد المعنى المجازي كذا هنا يصير زوال اليد من أفراد المجاز على العتق أو زوال الملك

وثبت نسبه منه وعتق ومعنى المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله واذا كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق لما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل

فالذي تقتضيه النظر كون ذلك من السلطان من الكنايات **قوله** وثبت على ذلك قيل هذا قيد اتفاقي لا معتبر ولذا لم يذكره في المبسوط وذكر في الينابيع الثبات ليس بلازم وفي النهاية رايت بخط شيخي وفي شرح القدوري لابي الفضل اراد بقوله وثبت على ذلك انه لم يدع بعد الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق وفي اصول فخر الاسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا للعتق ويوافقه ما في المحيط وجامع شمس الائمة والمجتبى انه ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك اوهمت او اخطات يعتق ولا يصدق ولو قال لاجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنتي ثم تزوجها بعد ذلك جاز اصر على ذلك ام لا قالوا هذا في معروفة النسب اما مجهولة النسب ان دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز والا جاز قال في المجتبى عرف بهذا ان الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق وانما شرط الثبات لثبوت النسب دون العتق لان ثبوت النسب يصح الرجوع عن الاقرار به دون العتق على ما سمعت من التزوج بمن اقر بنسبها في مختصر الكرخي اذا اقر في مرضه باخ من ابيه وامه وابن ابن او بعم وصدقه المقر به ثم انكر المريض وقال ليس بيني وبينه قرابة ثم اوصى بماله لرجل ولا وارث له فان المال كله للموصى له لا شيء للمقر له لان المريض جحد ما اقر به من ذلك ولم يكن اقراره لازما ثم اذا قال هذا ابني هل تصير امه ام ولد له اذا كانت في ملكه قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب او معروف النسب وقيل تصير ام ولد في الوجهين وقيل ان كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لا تصير ام ولد وان كان مجهولا حتى ثبت نسبه منه صارت ام ولد له وهذا اعدل **قوله** اذا كان يولد مثله لمثله يعني اذا كان مثله في السن بحيث يجوز شرعا ان يكون ابنا لمثل المدعي في السن هذا هو المراد لا المشاكلة حتى لو كان المدعي ابيض ناصعا والمقر له اسود حالك وبالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب **قوله** وان كان ينتظم الناصر قال تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما ذكر في قوله تعالى حكاية عن زكريا عليه الصلوة والسلام واني خفت الموالي من ورائي **قوله** فتعين الاسفل فالتحق بالصريح اورد عليه شارح انه مشترك استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من النية وقوله المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل يحصل له النصرة بهم على انا نقول الصريح يفوق الدلالة والمتكلم بيا مولى اذا نفيت الناصر بلفظ المولى الدالة عليه حقيقة وهم يقولون دلالة الحال من كذا كذا تدل على ان المراد الاسفل ولا تعتبر ارادة الناصر ونحو ذلك وهذا في غاية المكابرة انتهى والجواب ان قوله استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد ان اراد دائما منعناه لجواز ان ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفي غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيما نحن فيه ومنعه ان المولى لا يستنصر بعبده ولا يلائم ما استدل به من قوله تحصل النصرة بهم لان المراد انه اذا اخرجه مر لا يستند في النصر لعبده بل بني عمه وان كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يانف من دعائهم عادة وندائهم لذلك فاين وجاهة ايابهم لذلك من كونهم هم ينصرونه واما قوله الصريح يفوق الدلالة الكائنة ايها الكناية فلنا ثمة فيقول هذا الصريح وهو قوله اردت الناصر بلفظ المولى انما كان بعد قوله هو ملحق بالصريح في ارادة العتق فاثبت حكمه ذلك ظاهرا وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضي والكلام فيه ونحن نقول فيما بينه وبين الله سبحانه لو اراد الناصر لم يعتق فاين المكابرة واعلم ان في المسئلة خلافا فذهب بعض المشايخ انه لا يعتق في هذا مولاي الا بالنية وانه بين الصريح والكناية **قوله** وقال زفر لا يعتق في الثاني وهو يا مولاي الا بالنية وبقوله قال الشافعي ومالك واحمد لانه

بخلاف ما ذكره لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناله بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة رح شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير للابن والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رح لهم انه كلام محال بحقيقته فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان تخلق او قبل ان اخلق ولابي حنيفة رح انه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا

يراد به الكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي اتفقوا انهما من الكنايات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذلك ناويا للعتق عتق وكذا في يا سيد قد قيل انه يعتق بهما وان لم ينو وقيل اذا لم ينو عتق في يا سيدي لا في سيد والمختار انه لا يعتق فيهما الا بالنية **قوله** بخلاف ما ذكر وهو يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا العبد الصق لانه لا يصير سيدا بالعتق لسيده والوجه ان حقيقته متعذرة لفرض ان المتكلم حر غير عبد فتعين المجاز ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق بجواز ان يريد مجازا آخر هو الاكرام فلا يتعين لاحدهما الا بالنية فقلنا اذا نوى بيا سيدي العتق عتق اما اذا لم يكن له نية صير الى الاخر الذي هو الاكرام لان زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال الا بالنية بخلاف يا مولاي فانه حقيقته في الاسفل فثبت العتق بعد انتفاء الحقائق الآخر بالنافي **قوله** ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى بمطلوبية حضوره فان كان بوصف يمكن اثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما سلف وان لم يكن تجسيم للاعلام والبنوة لا يمكن اثباتها من جهة المعتق الا تابعا لثبوت النسب وعلى هذا فينبغي ان يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب ان يثبت النسب تصديقا له فيعتق وفي نوادر ابن رستم عن محمد رح لو قال لعبده يا عمي يا خالي او يا ابي يا جدي او يا ابني او لجاريته يا عمتي يا خالتي او يا اختي او لعبده يا اخي لا يعتق في جميع ذلك ووجهه على وجه يندفع واعلم انه اذا كان المقصود من النداء استحضار الذات لانه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهة المنادى بذلك اللفظ جعل مثبتا له مع النداء والا فلا شك ان الابنية لا يمكن اثباتها بذلك اللفظ سواء خلق من مائه او من ماء غيره فقول المص لانه لو خلق من ماء غيره الى آخره لا فائدة فيه للقطع بانه اذا خلق من مائه لا تثبت الابنية الا بذلك التخليق من ذلك الماء لا باللفظ ودلالته على ان ثبوته لا بطريق الاقتضاء وذلك لان ما ثبت لتصحيح كونه خبرا صريحا بخلاف ما تضمنه النداء بالوصف وعلى ما قدمنا تقريره في يا حر مساهاة لعدم اختلاف الجواب فان الحرية فان قررت ثبوتها اقتضاء للخبر الضمني او اثباتا منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود واما الرواية عن ابي حنيفة التي ذكرها المص شاذة فليس وجهها الا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني بتحقيق وصف الابنية غير انه يستلزم ثبوت النسب اذا كان العبد مجهول النسب ويشبه بولد له وعدم العتق اذا كان معلوم النسب **قوله** لهما ان هذا كلام محال اي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو لغوا واذا لغا لم يوجب حكما اصلا لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق كما انه لما لغا قوله اعتقتك قبل ان اخلق لم يثبت به العتق وهذا بناء على ان شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الاصل فان المجازي ليس محالا وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بان يكون مثلا مبتدأ وخبرا ومن سعد بابتهاجه في المبني عند عهدة الفروع ونحوه وبه يعرف ان استدلال المص كله في غير محل النزاع لانهم لا ينكرون ان البنوة سبب للعتق وانه طريق المجاز بل يشترطان بعد ذلك شرطا آخر وهو تصور حكم الاصل اي الحقيقي فتحرير محل النزاع ان يقول اتفقوا على ان المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى التخلف به والاصل ان لا يصار الى المجاز الا عند تعذر معنى الحقيقة او تعين المجاز بدليل آخر ثم اختلفوا في جهة الخلفية فعندهما الخلفية بينهما في الحكم يعني ان الحكم الذي يثبت به المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذي يثبت بنفس هذا اللفظ اذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعند ابي حنيفة رح في التكلم يعني نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملا في معنى الحرية خلفا عن هذا ابني مستعملا في ثبوت البنوة وقيل بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الاصل والاول اوجه ان كان

ولأن الحرية لازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الإلغاء بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك خطأ ثم أخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سببا لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرش وأنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له أما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثله فهو على هذا الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الأبوة والبنوة لأن لهما موجبا في الملك من غير واسطة

معنى الأسد مجازا لأنهم لم يحكوا خلافا سوى في جهة الخلفية بناء على ما قيل يكون فيها وفي الأصل أيضا أنه نفس اللفظ الذي هو المجاز في الاستعمال الحقيقي أو المعنى الذي يؤدي ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة وقال فخر الإسلام في تحرير قول أبي حنيفة يشترط صحة الأصل من حيث إنه مبتدأ وخبر موضوع للإيجاب بصيغته فإذا وجد وتعذر العمل بحقيقته إلى آخر ما ذكره ولا شك أن صحة الأصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي إنما هو في هذا ابني للأكبر سنا فإنه صحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي واستدل لهما مرة بأنه لا بد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له إلى المتجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلا بد من إمكانه وإلا استحال لأن الموقوف على المحال محال ومرة بالقياس على مسألة الحلف على مس السماء وشرب ماء في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحنث عقيب اليمين في الأولى وتجب الكفارة فيه دون الثانية فوجوب الكفارة خلف عن البر ولما أمكن البر في الأولى متصورا حسا انعقدت في حق الخلف ولما لم يتصور في الثانية لم تنعقد فإذا الخلف يعتمد قيامه إمكان الأصل وتارة بأن الحكم هو المقصود باللفظ فيعتبر التخلفية بين الحكمين من جهة ما هو المقصود وهذا أولى من غيره وأجيب عن الأول بأن توقفه على فهم الموضوع له على أنه غير مراد لينتقل عنه إلى اللازم المراد وفهمه لا يستلزم إمكان تحققه في الخارج ونجيب عن الثاني أن تلك الخلفية بين حكمين شرعيين ومعنى خلفية حكم شرعي لآخر هو كونه إنما يتعلق شرعا بتقدير تعذر امتثال الأول وهذا فرع تعلق الأول وتعلق الخطاب دائر مع الإمكان الذاتي كالكفارة في الحلف على المس والتيمم والوضوء فلا يتصور شرعا خلف استحال أصله لأنه لا تعلق إذ ذاك ولم تجب في مسألة الكوز لعدم تعلق وجوب البر فظهر أنه لا ملازمة بين لزوم إمكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم إمكان معنى وضع له اللفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازا إذ لا جامع وما ذكرنا أن حكم اليمين الأصلي هو وجوب البر لا البر نفسه والجواب عن الثالث أن هذا تصرف باللفظ بأن نقل مرة فيما وضع له وأخرى فيما لم يوضع له لم يعلم من جهة أهل اللسان أنهم اشترطوا لذلك سوى وجود مشترك يجوز التجوز وهو لا يحتاج سوى إلى إدراك الحقيقي ثم الحاجة إلى إدراكه ليس إلا لتعلم العلاقة فإنه ما لم يتصور لم تعلم العلاقة وكانت الحاجة إلى مجرد فهمه أيضا غير مقصود بالذات فاشتراط إمكان وجود معنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فإنه يستلزم أن لا يجوز زيد أسد فإنه وزان هذا ابني للأكبر سنا لأن المعنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الإنسان أسدا والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته وما فرق به من أن هذا استعارة بجملته بخلاف هذا ابني لأن المجاز في نسبته دون الألفاظ ممنوع وإذا ثبت انتفاء هذا الشرط فإذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقي له وللكلام طريق تجوز به فيه تعين تجوزه أو لم يرد لا مراد له فيلغو كلام العاقل وما نحن فيه كذلك فإنه يكون مجازا في معنى عتق عليه من حين ملكه استعمالا للاسم الملزوم في لازمه ثم إن كان هذا دخل في الوجود عتق ديانة وقضاء وإلا فقضاء ولا تصير أمه بذلك أم ولد له بخلاف أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق لأنه لا طريق فيه للمجاز فلغا ضرورة وقوله وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره إلخ جواب عن مقيس آخر لهما هو ما إذا قال لآخر قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين فإنه يلغو هذا الكلام بالاتفاق ولم يجعل مجازا عن الاعتراف بالمال لعدم إمكان معناه الحقيقي فأجاب بأن لغوه ليس لتعذر الحقيقي

ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح

وان قال لامته انت طالق او بائن او تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رح تعتق اذا نوى

بل المتعذر كل منه ومن المجازي لان المال الذي انقطع سببه مال مخصوص وهو الارش الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته الا من حيث القطع فلا يمكن جعل اللفظ مجازا بالسبب عن المسبب والذي يمكن اثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع ايجاب المال به مطلقا ضرورة بخلاف ما نحن فيه لان الحرية لا تختلف لكن ذاتها حاصلة عن لفظ حر او لفظ ابني فا لكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو قوله ولو قال هذا ابي الخ جواب عما قيل انه يلغو فقال بل هو على الخلاف ايضا فعند ابي حنيفة يعتق واما لو قال لعبده الصغير هذا جدي فاجاب عنه اولا بانه على الخلاف وقيل هو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق بملكه وثانيا بالفرق فانه لا يعتق اتفاقا وهي ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب ولا وجود له في اللفظ **قوله** ولو قال هذا اخي اي لعبده لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة يعتق وهي رواية الحسن وجه الروايتين ما بيناه فحوالة وجه رواية الحسن على قوله ان البنوة سبب الحرية في المملوك ويعرف عنه وجه هذه وهو ان الاخوة سبب لعتق المملوك وحوالة الظاهر على قوله في هذا جدي وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الى اخر ما ذكره وتقريره ههنا ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب او الام ولا ذكر لما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيده حكما ولان الاخوة تقال لما بالنسب في الرضاع والدين فلا يتعين النسب الا بدليل حتى لو قال هذا اخي لابي او من امي او من النسب عتق اذا عرف هذا فلا تشك في صحة الاصل المذكور لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير اليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين او يتعين هذا لانه اليسر كما قررنا في يا سيدي يا مالكي لمانع تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضاء الا بالنية فان اجيب بان اعتبار الفائدة الشرعية اولى وهي المتعينة ههنا ورد عليهم هذا اخي فانه لا يعتق به ودفعه بانه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة وحكم المشترك التوقف الى القرينة حتى لو قال من ابي ونحوه عتق وبان العتق بعلة الولاد ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ولو دار بينهما كان المجاز اولى وان علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمي بلا خلاف بين اصحابنا ذكره في البدائع وفرق بينه وبين هذا اخي بانه يحتمل الاكرام والنسب بخلاف العم فانه لا يستعمل للاكرام عادة وهذا الغو ما اوردناه في هذا اخي فلا يتخلص الا بترجيح رواية العتق في هذا اخي وهي ما نقلها المص **قوله** ولو قال لعبده هذا ابنتي فكذا اذا قال لامته هذا ابني لا يعتق وان كان يولد مثله لمثله لان الاول مجاز عن عتق في الذكر لانه بجهة البنتية حقيقة والثاني عنه في الانثى فانه حقيقة لانتفاء محل ينزل فيه ولا يتجوز بلفظ الابن في البنت وتحليله اتفاقا فالعدم لازم مشهور وغير لئلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجاز بين احدهما من حيث هو والاخر من حيث هو مضاف وقد ذكرنا فيما كتبناه على البدائع ان الاتفاق على منعه اللهم الا ان يعتبر المجاز عقليا في نفس اضافة البنت وكل من لفظ الاشارة والبنت واليا حقيقة فالتجوز في نسبة المراد بالاشارة بالبنتية الى مسمى اليا عن نسبته اليه العتق فيتعين الاول وما ذكره المص بيان تعذر عتقه بطريق اخر وهو انه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار تعلق بالمشار وان كان من خلاف جنسه تعلق بالمسمى وتبيين هذا الاصل في باب المهر وهو الذي اراده بقوله حققناه في النكاح والمشار اليه هنا مع المسمى جنسان لانه الذكر والانثى في الانسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم ان يتعلق الحكم بالمسمى اعني مسمى بنت وهو معدوم هنا لان الثابت ذكر

وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخنا رحمهم الله له أنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة إذ كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط أما الأحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا العكس ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتاق لغة إثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه وإذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية

قوله وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح كأنت مطلقة والطلاق والكنايات كما لو قال لأمته أنت علي حرام أو بائن أو بتة أو بتلة أو بنت مني أو خلية أو برية أو حبلك على غاربك واخرجي وقومي واذهبي واعزبي واختاري فاختارت نفسها وتقنعي أو قال ذلك لعبده أو قال له طلقتك لا يعتق في ذلك كله وإن نوى بخلاف ما تقدم من قوله أطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعي يعتق في ذلك كله إذا نوى وعن أحمد روايتان أحدهما كقولنا والآخر كقوله **قوله** لأن بين الملكين أي ملك الرقبة وملك النكاح موافقة **قوله** إذ كل منهما الخ حاصله أنه إثبات للمشابهة بين الملكين أعني ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما أما الأول فإن النكاح في حكم ملك العين شرعا لا ملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعا عليه وهو اشتراط التأبيد له كما في البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى إنه يبطل به إذ هو لازم لملك المنفعة أعني الإجارة واستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الإجارة وأما الثاني فلأن كلا من التصرفين إسقاط للملك ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه وأما الأحكام التي هي ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الأموال وهي معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها بل تثبت بسبب سابق به على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا فإن هذه خصائص الآدمية مع التكليف هي السبب وإنما امتنعت بمانع الرق وبالعتق يزول المانع فيظهر أثر المقتضي كالزوجة في حق الخروج والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب ولا تسلب أهليتها عنه ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ولهذا يصح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لأن صحة الأول للمناسبة وهي مشتركة لأنها نسبة بين الطرفين فإذا ناسب الشيء غيره ناسبه الآخر **قوله** ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه أي ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ مستعمل في المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المعنى الشرعي كما لو قال اسقني ينوي به العتق أو الطلاق لا يقعان وإنما قلنا إنه لا يسوغ استعماله فيه لأن مسوغ استعمال اللفظ في المعنى إما وضعه له أو التجوز به فيه فالأول منتف وكذا الثاني لأن التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة أنواعها وهذا ما يقال إن نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعاني المجازية وضعا عاما وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعا نوعيا وحقيقته حاصل معنى قوله كل لفظ وضع بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فللمتكلم أن يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بأن يثبت عنه أنه استعمل اللفظ باعتبار جزئي من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحققه في ذلك الجزئي أو نقل اعتباره والثابت اعتباره في علاقة المشابهة أن يكون في وصف خارج ظاهر في المتجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه في المتجوز فيه فيصير المتجوز به مشبها والمتجوز عنه مشبها به وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا في المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص وإلا لم يكن مشتركا فلا يتجوز باعتباره إلى ما ليس هو فيه فالأول لا يجوز التجوز بالأبخر والمحموم مع أنهما وصفان ملازمان للأسد لعدم ظهورهما وشهرتهما والثاني وجب أن لا يكون المعنى المشترك في محل المجاز أكثر منه في محل الحقيقة إذا عرف هذا فنقول الإعتاق إنما هو إثبات تلك القوة التي فصلناها فرعا للعلم بعدم ملك تلك الأمور قبله والأصل في إضافة عدم الشيء أن يكون إلى عدم المقتضي لا إلى قيام المانع لأن عدمه هو الأصل في عدم الحكم لأن الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضي ولو سلم فالأصل عدم المقتضي فيبقى على العدم ما لم يثبت وجوده ولم يثبت ودعواه أنه الآدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضي ملكا أما عقلا فظاهر وشرعا لم يثبت بل إنما يثبت

ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن **فصل** ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه معناه اذا ملكه وهذا اللفظ مروي عن النبي عليه السلام وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا او غيره

شرعا وان ذلك الملك مع الحرية فتمكن من السبب الشرعي والطلاق لازالة قيد النكاح ليعمل ملكها القائم عمله حتى يجوز الخروج والتزوج وهذا لان ملكها تحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها ولم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب ولا مناسبة بين ازالة المانع في محل ليعمل المالك القائم عمله وبين اثبات الملك الزائل لمحل بعلاقة تجوز التجوز وهي ان تكون مختصة بالمتجوز عنه اي ظاهرة مشهورة وثبوتها فيه اقوى منه في محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا فان الاسقاط المشترك ثبوته في العتق اكثر واظهر منه في الطلاق والتجوز بلفظ الطلاق يقتضي كون الطلاق هو الاكثر اسقاطا واشهر به فلذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه ولان العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فهو فيه استعارة السبب للمسبب بخلاف قلبه فانه المسبب في السبب وهو ممتنع الا ان يختص الا وليه المسبب من سبيل المعين فانه تلازم فلا علاقة وما قيل ليس سببا ايضا بدليل ان الامة لو كانت متزوجة فاعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة انما هو بناء على اعتقاد ان المراد بالسبب العلة وهو منتف ولو سلم فالعلة انما تؤثر عند كون الحكم معدوما قبلها الا ترى ان البول بعد الريح لا يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث وعلى من يلتزم انه يوجب حدثا آخر يمكن ان يقال اوجب العتق حرمة اخرى للمتعة فمن هذا القبيل الكنايات منها ما يقع العتق بها بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك او ملكتها او وهبت نفسك منك او اوصيت لك بنفسك وبعت نفسك منك فهذه كنايات لا تحتاج الى النية لان الاحتياج اليها اذا كانت تحتمل معاني وهذه لا تحتمل غير العتق فاستغنت عنها ومنها ما يقع بالنية كما تقدم ومنها ما لا يقع وان نوى كلفظ الطلاق وكناياته والتحقيق في مثل الاول ان يقال انه ملحق بالصريح كما في سواه من حيث ان ما سوى العتق انتفت ارادته فتعين فالحق بالصريح وانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازي وهذا بناء على ان الصريح يختص بالوضعي والا فيجب ان يكون صريحا وبه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه في كتبنا **قوله** ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد. هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الاصول وقد بيناه في الاصول وانه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا واما كونه اثباتا مؤكدا فلوروده بعد النفي بخلاف الاثبات المجرد

قوله ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن وهذا يقتضي انه لا ينوي كما لو قال رأسك حر فانه لا يحتاج الى النية لكن المسألة منقولة عن نوادر ابن سماعة لو قال رأسك رأس حر عتق اذا نواه وفي نوادر هشام قال ابو يوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق وفي الهاروني لو رآها تمشي فقال هذه مشية حرة وتتكلم فقال هذا كلام حر لم يعتق الا ان يقول اردت العتق وهذا قول ابي يوسف وقال الحسن بن زياد من قبل نفسه يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال جسدك جسد حر واصلك حر وعلم انه من سبي لا يعتق لانه صادق وكذا لو قال ابواك حران وفي نوادر المعلى قال ابو يوسف لو قال فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ليسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا يعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال استك حر كان حرا وكذا ذكرك حر وتقدم

فصل اعقب العتق الاختياري بالاضطراري **قوله** وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه النسائي عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه

والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس ولا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق والاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لان القرابة هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح

وضعفه البيهقي والنسائي بسبب ان ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال ضمرة ثقة واذا اسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا ارسال من ارسله ولا وقف من وقفه وصوب ابن القطان كلامه وممن وثق ضمرة ابن معين وغيره وان لم يخرج له في الصحيحين و اما الحديث الثاني وهو قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر فاخرجه اصحاب السنن الاربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة و حماد فقد شك فيه فان موسى بن اسمعيل قال في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد فقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة احفظ من حماد انتهى وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو ان رفع الثقة لا يضره ارسال غيره ورواه الطحاوي من حديث الاسود عن عمر موقوفا وروي من حديث ابن عمر موقوفا وعن عائشة وعلي رضي الله عنهما باسانيد ضعيفة وروى الطحاوي باسناده الى سفيان الثوري عن سلمة بن سهيل عن المستورد ان رجلا زوج ابن اخيه مملوكته فولدت اولادا فاراد ان يسترق اولادها فاتى ابن اخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي اولادا فاراد ان يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط ان ابن عباس رضي الله عنهما قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت اخي يباع فاشتريته واني اريد ان اعتقه فقال عليه السلام فان الله قد اعتقه **قوله** والشافعي الخ وبقولنا قال احمد وذكر الخطابي في معالم السنن انه قال اكثر العلماء وقال روي ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وابو سلمة والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب واسحق والظاهرية وقال مالك يعتق في قرابة الولاد والاخوة والاخوات لا غير وفي المبسوط قال داود الظاهري اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق لظاهر قوله عليه السلام لن يجزي والد ولده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ولان القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه ولنا قوله تعالى وما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمن عبدا لقد احصاهم وعدهم عدا يثبت به ان الابنية تنافي العبدية فاذا اثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما تقول اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه والتعقيب حاصل لان العتق يعقب الشراء وانما اثبتنا له الملك ابتداء لان العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لانه لا فائدة في اثباته لاستعقابه البنوة **قوله** له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك في الولاد ينفيه القياس على غير القريب من البعيد وعلى سائر الاملاك اذ لا تخرج عن ملك مالكها من غير رضا واختيار اولا لا تقتضيه القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والاجماع الا من لا يعتد بخلافه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق اي الحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال اي الالحاق بطريق الدلالة لعدم الاولوية والمساواة بل يجب الالحاق بغير المحارم من القرابات والقرابات ثلاث ولاد وغيره المحرمية وعدمها كابناء الاعمام والعمات وابناء الاخوال والخالات ويجب رد المتنازع فيه الى ما هو اشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم وهو بالثاني اشبه حقيقة وحكما اما حقيقة فلان قرابتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية واما الثاني فلانا رأينا احكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع التكاتب وكذا في هذا الحكم **قوله** ولنا ما روينا فيعم بعمومه جميع المعاني المعينة والقياس الصحيح بل لان النص

كهيل

ولا فرق بينهما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة. والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لأنه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق والافتراض عند القدرة، بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقاً للمقصود، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب على الأخ أيضاً وهو قولهما، ولهذا قلنا إن من ملك أخذت ... ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة، والصبي جعل أهلاً لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لأنه تعلق به حق العبد فشابه النفقة. ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الإعتاق من أهله في محله، ووصف القربة في اللفظ الأول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين. وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل. وإن أضاف العتق إلى ملك أو شرط صح كما في الطلاق، أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في الطلاق، وأما التعليق بالشرط فلأنه إسقاط

تقريره ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه كما في الولاد وهذا لأن كونه قرابة مؤكدة في المحرمية هي المؤثر في الأصل وهو قرابة الولاد يعني هو الذي أناط به الحكم في الولاد يعني هو سلم فغايته إنما منع أن أرانا عدم العلة في الفرع وهذا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز أن يعلل الأصل بأخرى متعدية إلى ما لم يعد إليه لكنه وهي ما عيناه من القرابة المحرمية لأنا قد ظهر أثرها في جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذي هو أدنى فلأن يؤثر في رفع أعلاهما وهو ملك الرقبة أولى وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والمعنى أيضاً يدل على تعيينه وهو ما روينا فإنه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف أنه يفيد العلية وقول الموجب وجوب النفقة إلزام لخصمه بما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك بما دم به غير معتبر خلافه وكأنه ثابت اتفاقاً وقولهم إن الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع وهو غير قادح لأن الراوي قد يفصل وكثيراً ما يرسل ومعلوم أنه إذا أرسل فلا بد أن يكون عن واسطة وغايته الإمرار عن الواسطة مرة وذكرها أخرى ولو كان مرسلاً كان من المرسل المقبول أما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك وأحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته وأما على قول الشافعي فيقبل إذا عاضده الصحابة على وفقه وأنت سمعت أن الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت من غيرهم خلافهم فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم فإن شاركوا غير المحارم في غيره فلا يعارض ما اعتبارهم بهم فيه لأنه إلحاق بالأشبهية ولا أثر له ولو كان صحيحاً عنده فالمعنى الذي ظهر أثره في جنس الحكم أولى منه وكيف مع النص على نفس حكم الفرع (قوله ولا فرق بينهما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام) وكذا لا فرق بينهما إذا كان العبد مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة وهي القرابة المحرمة وقيد بقوله في دار الإسلام لأن الحكم لنا في دار الحرب فلو ملك قريبه في دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافاً لأبي يوسف وعلى هذا الخلاف إذا أعتق الحربي عبده في دار الحرب ذكر الخلاف في الإيضاح وفي الكافي للحاكم عتق الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافاً أما إذا أعتقه وخلاه قال في المختلف يعتق عند أبي يوسف وولاؤه له وقالا لا ولاء له لكن عتقه بالتخلية لا بالإعتاق فهو كالمراغم ثم قال المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبداً حربياً فأعتقه ثمة القياس أن لا يعتق بدون التخلية لأنه في دار الحرب لا يجري عليه أحكام الإسلام وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لأن المسلم لم تنقطع عنه أحكام المسلمين ولا ولاء له عندهما وهو القياس وقال أبو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الإيضاح أن يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب وهذا النص على أنه دخل هناك فيدل أن كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الإسلام وهذا بخلاف استحقاق النفقة لأنها منوطة بعلة القرابة المؤثرة بالنص فلم تجب مع اختلاف الدين (قوله والافتراض عند القدرة) جواب عن اعتباره بعضهم للمكاتب قال علة العلة التي عينها الشرع افتراض الوصل والافتراض إنما يثبت عند القدرة وإنما هي قائمة بالحر والمكاتب عبد لا يقدر على الإعتاق والكتابة نوع إعتاق فليس كتابة غير الولاد مما يلزم كتابته بخلاف كتابة الولاد فإنه لكون الحرية قائمة يدخل لأن الكتابة ترد على جميع أجزائه على أن عن أبي حنيفة أنه يتكاتب على الآخر وهو قولهما فلنا أن نمنع والجواب بمنع الشهادة والزكاة أن عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار أنه تمليك من نفسه وشهادة لها من وجه وهذا المانع منتف في غير الولاد (قوله وعتق المكره والسكران واقع) في المكره خلاف الأئمة الثلاثة والإكراه لا يزيل إلا الرضا والعتق لا يتوقف عليه ولذا جاز عتق الهازل وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق (قوله أما الإضافة إلى الملك) كان له أن يقول إن ملكتك

فيخرج فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه وإذا خرج عبد الحربي إلينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها إذ هو متصل بها ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصودا لعدم الإضافة إليها ولا إليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالإضافة إلى الجنين وشرط معرفة ذلك ليس بشيء حاله في الاشارة فانتفتا ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا إلى إلزامه الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز

أو ملكت عبدا أو نحوه ثم وجد نفسه خلافا للشافعي أي وحده فإن مالكا وأحمد فيه كذا عن أحمد وفرق بينه وبين الطلاق إذ لم يجز إضافته إلى الملك بخلاف العتق بأن العتق مندوب إليه بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا في ذلك **قوله** فيجري فيه التعليق لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي رحمه الله إنما الخلاف في أنه هل يشترط لا وقوع بقاء الملك من حين التعليق إلى وجود الشرط فتنتفي بها زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط أيبطل اليمين وعنده يبطله والخلاف مبني على انعقاد المعلق سببا في الحال عنده وعندنا عند وجود الشرط **قوله** وإذا خرج عبد الحربي إلينا مسلما عتق سواء خرج سيده بعد ذلك مسلما أو لا وقيد بالخروج لأنه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق ولقولنا قال الأئمة الثلاثة وقال الأوزاعي إذا خرج سيده مسلما رد إليه وعند الظاهرية إذا أسلم عتق خرج أو لم يخرج وأورد ابن حزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك ثم أجاب بأنا لم نقل بهذا إلا بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج إليه مسلما من عبيد أهل الطائف وهي بعد الخندق بدهر وبدعوى نسخ تملك الكافر المؤمن بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا شك في اتجاه الإيراد وهو حجة صالحة لنا وفي الجواب ما لا يخفى **قوله** لقوله عليه السلام في عبيد الطائف أخرج أبو داود في الجهاد والترمذي في المناقب عن علي واللفظ لأبي داود قال خرج عبدان بكسر العين إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فقال مواليهم يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك وإنما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم إليهم فغضب عليه السلام وقال ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وأبى أن يردهم وقال هم عتقاء الله سبحانه قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وذكر الواقدي في غزوة الطائف من كتاب المغازي جماعة من العبيد خرجوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عاتهم وأعتقهم منهم أبو بكرة وهو نفيع ووردان والمنبعث والأزرق ويحنس النبال وإبراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق وكل هؤلاء أعتقهم عليه السلام فلما أسلمت ثقيف تكلموا في هؤلاء أن يردوا إلى الرق فقال عليه السلام أولئك عتقاء الله لا سبيل إليهم وأخرج عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم عن سليمان حدثنا أبو عثمان النهدي عن أبي بكرة أنه خرج إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبدا فأعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء وفي مراسيل أبي داود فلما أسلم مواليهم ردت الفئة على مواليهم وجعل الولاء إليهم وفيه مجهول وأخرج البيهقي مرسلا ... وقد أسلموا قالوا يا رسول الله ... فقال صلى الله عليه وسلم أولئك عتقاء الله ... **قوله** ... إجماع الأئمة الأربعة ... **قوله** عتق ... إلا أن ... ورواه ... أبو يوسف إذا خرج أكثر الولد عتق ... كالمنفصل في حق الأحكام ... **قوله** ثم إعتاق الحمل صحيح عند الجمهور ... بيع الأم إذا أعتق ما في بطنها يجوز بيعها والفرق أن استثناء ما في بطنها ... بخلاف الهبة **قوله** لما فيه من قلب الموضوع ولأن استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فالنقض على خلاف القياس وقد يقال ... لو كان عتق أم الولد تبعا للعتق بها بالنص وهو منتف أو هو فرع عتقه ... وليس كذلك ... ينتقض الجواب بأنه خرج بالنص على خلاف القياس وشكرا إنما يعتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين أعتقه **قوله** والقدرة

على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل **قال** وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضى به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضى به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامية الولد والكتابة

عليه اى على التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق ويجوز عتقه **قوله** على ما مر في الخلع احوالة غير رائجة فانه لم يذكره في هذا الكتاب والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراطه بدله على اجنبي ان العتق على مال معاوضة فانه يملك العبد به نفسه وتحدث له القوة الشرعية وذلك اى ملك النفس لا يجوز اشتراط العوض الا على من يسلم له المعوض كما في البيع والاجارة بخلاف المرأة فانها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها لان ذلك كان ثابتا لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الاجنبي فاذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه وكذا لا يصح بطريق الكفالة لانه لا يجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل وكذا لو قال لامته اعتقت ما في بطنك على الف عليك فقبلت فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر عتق بلا شئ لانه لا يجب له على امه شئ بسبب غيرها **قوله** لاقل من ستة اشهر منه اى من وقت العتق فلو جاءت به لستة اشهر فصاعدا منه لا يعتق الا ان يكون حملها توأمين جاءت باولهما لاقل من ستة اشهر ثم جاءت بالثانى لستة اشهر او اكثر او يكون هذه الامة معتدة عن طلاق او وفاة فولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة اشهر من وقت الاعتاق ح فيعتق لانه كان محكوما بوجوده حين اعتقه حتى ثبت نسبه وعلى هذا فرع ما لو قال ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فالقت جنينا ميتا ان ضربها بعد العتق لاقل من ستة اشهر تجب دية الجنين لابيه ان كان له اب حر لانه حر وان لم يكن فيكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارش وان ضرب لستة اشهر فلا شئ عليه لانه عبده كذا ذكره **قوله** فيعتق عليه التحقيق انه يعلق حرا لا انه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة فانه يجب القطع بان ابراهيم ابن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماءين لان ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغير فان ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بانه مخلوق من مائها بتيقن بخلاف الرجل ولذا لا ينتفى عنها بحال وقد ينتفى من الاب ويثبت النسب منها بالزنا وبعد اللعان حتى يتوارثان دون الاب وكان جانبها اولى بالاعتبار عند التعارض او لاستهلاك مائه بمائها لانه في موضعه ويزداد قوة باتصالها منه او ترجح بالحضانة والتربية او لانه قبل الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض بالمقراض ويعتق بعتقها ولا يستثنى من بيعها والزوج رضى برق الولد حيث اقدم على تزوجها مع العلم برقها وفي هذا اجماع حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا بخلاف المغرور فانه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا يعلق حرا في حقه بقيمته **قوله** كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية اورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما والرق هو الذل الذى ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو تمكن الانسان من التصرف فيه ما لم يقم به مانع سلب الولاية على نفسه وهو حقه فاول ما يوخذ الاسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الاسلام فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص بالانسان وبالبيع يزول عنه ملكه ولا يزول الرق وبالعتق يزول كل منهما لكن زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه عن الملك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فيتبين بهما انه يتبع الام في الخاص والعام ولذا اذا تولد بين الماكول وغير الماكول كالحمار الاهلى مع الحمار الوحشى يوكل واذا تولد بين الوحشى والانسية كالبقرة ينزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به ولاختلاف مفهوميهما قد يختلفان في الكمية في شخص فيما كانا في القن ورق ام الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقهما عن الكفارة والملك فيهما كامل والمكاتب بعكسه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لى حر ولما ورد من ان الرق لا يقبل التجزى فكيف يقبل النقصان يندفع بان المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته والحاصل

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رح فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهما ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رح ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره

والحاصل ان الولد يتبع الام في الحرية والرق والتدبير والكتابة ويتبعهما في الولد في النسب ويتبع الاب وفي الدين يتبع خير الابوين دينا والله تعالى اعلم

باب العبد يعتق بعضه لا شك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض وفي ان ما كثر وجوده فالحاجة الى بيان احكامه امس منها الى ما يندر وجوده وان وقع الحاجات الماسة متقدم على النادرة فلهذا اخر هذا عما قبله **قوله اذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة** يعتبر قيمته في الحال والاستسعاء ان يواجره فيأخذ نصف قيمته من الاجرة ذكره في جوامع الفقه وفي اذا امتنع عن السعاية قبل ولكنه اذا كان له عمل معروف وفيه نظر بل ان معنى الاستسعاء غير هذا وانما يصار اليه عند امتناعه فيكون الاجارة تنفذ عليه جبرا والظاهر ان هذا اذا عين مقدارا كربعك حر ونحوه فان قال بعضك حر او جزء منك او شقص امر بالبيان ولو قال سهم منك حر فعتيا سه في قول ابي حنيفة ان يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده ويسعى في خمسة اسداسه وقوله عتق ذلك القدر يعتبر بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فانه عند ابي حنيفة رقيق كله بخلافه في قوله وقالا يعتق كله فانه عن زوال الرق اي وقالا يزول الرق عنه كله ثم قال المصنف رح واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني فيما اذا كان المولى واحدا وكان لشريكين والمعتق موسرا اما اذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الاعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض والذي يقتضيه النظر ان هذا غلط في تحرير محل النزاع فانهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه فان القائل العتق او الاعتاق يتجزى لم يرده بل المعنى الذي يريد به القائل انه لا يتجزى وهو زوال الرق او ازالته اذ لا خلاف بينهم في عدم تجزيه بل زوال الملك او ازالته ولا خلاف في تجزيه فلا ينبغي ان يقال اختلف في تجزي العتق وعدمه او الاعتاق بل الخلاف في التحقيق ليس الا فيما يوجبه الاعتاق اولا وبالذات فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجبه غير ان زوال الرق لا يثبت الا عند زوال الملك عن الكل متجزئا كحكم الحدث لا يزول الا عند غسل كل الاعضاء وغسلها متجزء وهذا لضرورة ان العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع والانكاح منه ونفسه ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعا فقطع بعدم تجزيه والملك متجزي قطعا فسلم ما قلنا من زوال الملك عن البعض وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقي فينبغي ان يقام الدليل من الجانبين على ان الثابت به اولا زوال الملك او الرق لانه محل النزاع والوجه ينتهض لابي حنيفة رح المصنف فلان تصرف الانسان يقتصر على حقه وحق الملك اما الرق فحق الله او حق العامة على ما تقدم فيلزم ان الثابت بالاعتاق زوال الملك لو لا ثم يزول الرق شرعا اتفاقا اذ زوال الملك لا الى مالك وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى اعتاقا والا لكان البيع والهبة اعتاقا فانه انما يلزم لو كان البيع والهبة زوال لا الى مالك لان ذلك هو المسمى بالعتق لا ازالة الملك كيف ما كان واما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق افاد تصور عتق البعض فقط فقول ايوب لا ادري اشيء قاله نافع او هو شيء في الحديث لا يضر اذ الظاهر

والأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدي إلى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجز كما في البيع والهبة فيبقى على الأصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتبا إذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لأنه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فأثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد

بل الواجب أنه مثله فلا يجوز إدراج مثل هذه من غير نصب قاطع في إفادة أنه ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يوجب في الحديث علة قادحة وكذا ما رواه البخاري أيضا عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله إن كان له مال وإلا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه أي لا يغلى عليه الثمن أفاد عدم سراية العتق إلى الكل بمجرد عتق البعض وإلا لكان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر وأما ما روي فيها من حديث ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق وفي لفظ فقد عتق كله فإنما يقتضي عتق كله إذا كان له مال يبلغ قيمته وليس هنا ما ذاك بل أنه يعتق كله بمجرد إعتاق بعضه كان له مال أو لا فقد أفادت الأحاديث أن العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجود السراية فإن وردت في العبد المشترك واستدل أيضا بدلالة الإجماع وهو أن المعتق إذا كان معسرا لا يضمن بالإجماع ولو كان إعتاق البعض إعتاقا للكل وإتلافا له لضمن مطلقا كما إذا أتلفه بالسيف أو بالشهادة به لإنسان ثم رجع بعد القضاء فإنه يضمن موسرا كان أو معسرا لكن قد يقال في هذا إن السعاية تقوم مقامه فلا يتعين وحيث ثبت الاقتصار لزم أن يكون المراد بالعتق في قوله فقد عتق منه ما عتق زوال الملك وكذا يلزم في قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن وهو مروي عن علي وعمر رضي الله عنهما بخلاف ما قيل إن قول عمر رضي الله عنه كقولهما فقد أسند الطحاوي إلى عبد الرحمن بن يزيد قال كان لنا غلام شهد القادسية فأبلى فيها وكان بيني وبين أمي وأخي الأسود فأرادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر الأسود ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال أعتقوا أنتم فإذا بلغ عبد الرحمن فإن رغب فيما رغبتم أعتق وإلا ضمنكم أثبت لعبد الرحمن الإعتاق بعد بلوغه بعد أن ثبت في العبد إعتاقهما وإنما قلنا ذلك لأن الرق لا يتجزى عند أحد فيلزم المطلوب وهو أن النازل بالإعتاق بالذات زوال الملك وإذا ثبت ذلك لزم في إعتاق بعض العبد الخاص بيان ما يعتق وذلك القدر أي نزول ملكه عنه ويبقى كل الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها وإذا ظهر أن ما زال بالإعتاق هو الملك والرق ثابت في كله ولازمه شرعا أن لا يبقى في الرق لزم أن يسعى العبد في باقي قيمته لاحتباس مالية الباقي عنده وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البدل وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقا كله إلا أنه يخالفه في أنه لو عجز لا يرد إلى الاستخدام بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن بعضه لا إلى مالك صدقة عليه فيه إنما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعي وهو تضمينه قصرا بخلاف المكاتب فإن عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال ويفسخ بتعجيزه نفسه وعلى هذا ما إذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم أعتق ولا يضمنه شيئا من قيمة الولد لأنه ما صنع في الولد شيئا ولأنه لم يثبت حق الشريك في الولد لأنها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة أحق بولدها لكونها أحق بكسبها والاعتراض بأنها ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لأن التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه وإذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ما ذكروا من إلحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لأنه إن أريد إلحاق إزالة الرق بها في عدم التجزي فغير محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لا يتجزى وإن أريد إلحاق إزالة الملك بها فيه فغير صحيح لأنهم وغيرهم لا يقولون بأنه لا يتجزى وأقصى ما يمكن في تقريره أن يجعل إلحاقا لزوال الملك لا إلى مالك في عدم التجزي بأن ينزل و يدعى أن المتجزي زوال الملك إلى مالك لا إلى غير مالك إلحاقا بالأمور المذكورة فإن في الطلاق زوال ملك لا إلى مالك وفي العفو زوال حق لا إلى

وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق فإن كان موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمّن شريكه
قيمة نصيبه وإن شاء استسعى العبد فإن ضمّن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما
وإن كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند أبي حنيفة رح

آخر والاستيلاد وزوال الملك كذلك يعني ملك بيعها وهبتها والجواب أولا أنه إلحاق بلا جامع لأن عدم التجزي في الأصول لعدم التصور إذ لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلق ولا نصفها مستولدا ونصفها لا والاستيلاد نصب حق العتق فإن القتل تثبيت حقه لا نقضه فعملا بثبت وهو معنى سقوط القصاص وليس عدم التجزي فيها لأن الزوال إلى لا إلى مالك بل الأثر يكون الزوال إلى المالك أو لا إليه بخلاف زوال ملك الرقبة وهذا معنى قول المص وليس في الطلاق والعتق حالة متوسطة أي ليس فيهما إلا زوال كليهما أو بقاؤهما فأثبتناه في الكل أي فأثبتنا زوال الملك في الكل ترجيحا للمحرم وهو الحرمة فإنه اجتمع فيها موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبره اقتصر حكمه لو مات المستولد يعتق من جميع ماله ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله وإنما كمل في الأمة لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزي ضرورة **قوله** وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق أي زال ملكه عنه فإن كان المعتق موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق نصيبه منجزا أو مضافا وينبغي إذا أضافه أن لا تقبل منه إضافة إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق كما هو جوابه فينبغي أن يضاف إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء وإن شاء ضمن المعتق قيمته إذا لم يكن بإذنه فإن كان بإذن الشريك فلا ضمان عليه له وإن شاء استسعى العبد فيها فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما في الوجهين أي في الإعتاق والسعاية وهذا كله عند أبي حنيفة رح هكذا ذكر في الأصل وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعلمت حكمه أن يسعى وأن يكاتبه وهو يرجع إلى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد عن السعاية يؤاجره جبرا ويدل على أن الكتابة في معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته إن كان من النقدين لا يجوز إلا أن يكون قدر ما يتغابن الناس فيه لأن الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الأكثر وكذا لو صالح على عرض أكثر أو إن كاتبه على عرض قيمتها أكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لوليه والتضمين أولى لأنه أنظر ولو لم يكن له ولي انتظر بلوغه ليختار قيل هذا في موضع ليس فيه قاض فإن كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له قيما ليختار التضمين أو الاستسعاء وليس للولي اختيار العتق لأنه تبرع بمال الصبي وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما إلا التضمين أو الاستسعاء أما المكاتب فإن له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة وأما العبد المأذون فالقياس أن يكون له حق التضمين فقط لأن الاستسعاء بمنزلة الكتابة فليس للعبد المأذون أن يكاتب ولكن قال بسبب الاستسعاء قد تقرر حق الشريك على وجه لا يمكن إبطاله وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وإن كان لا يملك الكتابة ابتداء وإذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لأنهما ليسا من أهل الولاء فثبت الولاء لأقرب الناس إليهما وهو المولى ثم إن لم يكن على العبدين دين فالخيار للمولى لأن كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة وتقدير القيمة بيوم الإعتاق فلو كان فيه صحيحا ثم عمي يجب قيمته صحيحا وقد بينه لو كان أعمى يوم العتق ثم انجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى لأنه حال ثبوت سبب الضمان وكذا يعتبر اليسار والإعسار وقت العتق فلو كان موسرا وقت التضمين فأعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسرا فأيسر لا ضمان ولو اختلفا في قيمته يوم أعتقه فإن كان العبد قائما ينظر إلى قيمته يوم ظهر العتق حتى إذا لم يتقادم وقت العتق فيما مضى يقوم للحال لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره وكذا إن أراد

وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة

ان يستسعى العبد ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا في اليسار والاعسار فقال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الشريك بل انت موسر نظر الى حاله يوم ظهور العتق اما لانه كالمنشئ للعتق في الحال او لانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فان كان في الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعي اليسار فيما مضى وان كان معسرا في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى وهو كالمستاجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال ولو تصادقا على ان العتق كان سابقا عليه في مدة قد يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في انكار يساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان واذا كان موسرا يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق يوم اعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له ان يبرئه ويستسعي الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد انه ان قضى القاضي له بالضمان او رضي به المعتق فليس له ان يستسعي الغلام بعد ذلك والا فله وقيل ما ذكر في الاصل من الاطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل في المسئلة روايتان ولو مات الساكت قبل ان يختار شيئا فلورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذي اوجب الخيار للمورث ثابت في الورثة فان شاؤا اعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه باداء الضمان اليهم يملك نصيبهم كما كان تمليكا بالاداء الى المورث وان اختاروا الاعتاق والاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من اولاد الميت دون الاناث لان المعتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه في ذلك للذكور من اولاده دون الاناث اذ الولاء لا يورث وان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس لهم ذلك الا ان يجتمعوا على التضمين او الاستسعاء قال في المبسوط هذا هو الاصح لانه صار كالمكاتب لا يملك الا بالارث فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم لا يثبت لهم بالاعتاق ابتداء ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه وليس للمورث ان يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض فكذا الورثة ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا فله ان يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لان نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه فليس له ان يقرر الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين يتعلق بشرط وهو ان يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية ان وجوب الضمان عليه كالاعتاق لان السبب وهو الافساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لان التضمين من وقت العتق وكان محلا للتمليك عنده ذلك بخلاف ما لو باع نصيبه او وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وان كان القياس جوازه كالتضمين لان هذا تمليك للحال وهو غير محل له وفي جامع قاضي خان لو اعتق احد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان المعتق من تركته في قول ابي حنيفة رح بل يسقط لان الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلات تسقط بالموت وعندهما يؤخذ لانه ضمان اتلاف وانما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس **قوله** وقالا ليس له اي للساكت الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولاء للمعتق قال المصنف رح وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما تجزي الاعتاق عنده وعدمه

ولنا انه تملك مالية نصيبه بتملك العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا ههنا الا ان العبد فقير فيستسعيه

وعند معتق بعضه فهو حر مديون وتقدم بيانه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما فيه ان جميع النصوص التي ظاهرها تجزي الاعتاق كقوله فقد عتق منه ما عتق وحديث فعليه خلاصه في ماله وقوله عليه السلام من اعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله ان كان موسرا في الصحيحين كذا ما انفرد به البخاري عن مسلم من اعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق والتي ظاهرها عدم تجزيه كحديث ابن المليح عن ابيه ان رجلا اعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك واجاز عتقه رواه احمد وابو داود وزاد رزين في ماله وفي لفظ هو حر كله ليس لله شريك وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه عليه السلام من اعتق نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق كلها تفيد ان الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير ولذا اختار الطحاوي قولهما ووجهه انه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند اعساره الاستسعاء والقسمة تنافي الشركة واستدل لابي حنيفة رح بقوله انه اي الساكت احتبس على البناء للفاعل ماليته نصيبه عند العبد فله ان يضمنه وان وقع احتباسها عنده بغير اختياره كما اذا هبت الريح فالقت ثوب انسان في صبغ غيره فانصبغ فان لصاحب الصبغ ان يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان او معسرا لما قلنا الا ان العبد فقير فيستسعيه فيأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد ان تضمين المعتق على خلاف القياس لانه اذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين المعتق من غيره وهذا لانه وان حصل افساد نصيبه بتعقبه الاختيار لكنه تصرف في ملك نفسه فصار كما اذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره واورد عليه انه معارضة للنصوص بالتعليل فانها اوجبت السعاية اذا كان المعتق معسرا لا اذا كان موسرا واجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم من نفي الاستسعاء عند نفي الاعسار فجاز ان يثبت عند عدمه ايضا بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا اورده شارح واجاب والتحقيق في ايراده ان النصوص قسمت فاعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند اليسار التضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعاء والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الاعسار وح يندفع ذلك الجواب وقد اجيب ايضا بجحود وهو ان القسمة ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضي الوجود عند الوجود وحقيقة هذا الجواب منع ان القسمة تنافي الشركة مطلقا بل ذلك اذا لم يكن بشرطين بل بشرط واحد مستقل كقوله عليه السلام واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد وليس بشيء اذ لا اثر لتعدد الشرط ووحدته في اختلاف حكم القسمة وفي الكافي جعل فائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيرا ولا يخفى ان هذه القسمة كما يفيد نفي الضمان لو كان فقيرا يفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا لعين الجهة التي تفيد بها تلك الافادة فان قيل فمن اي وجه افادت القسمة نفي الشركة فالجواب انه لما اعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا في ان المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره وغاية ما يمكن ان يقال ان اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج الى بيانه اذا كان على خلاف الدليل الظاهر وذلك ان الدليل وهو الاحتباس يقتضي قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسرا او معسرا فلا يجوز تضمين المعتق

ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغناء لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق
من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته

فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين في صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لان الدليل منصوب عليه وهذا لان
الدليل افاد جواز الاستسعاء مقصورا فنفي القصر وبقي جوازه ولا يخفى ان في هذا تعليل معارضة الدليلين لانه في قصر الجواز على الاستسعاء
اقل منه في نفي اصل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما امكن وتحقيقه ان النص ورد مخصصا للقياس اذ بين شرعية التضمين مع اليسار ان
تعين الاستسعاء انما هو في غير ما اذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى بنفس التصرف في المحل اما اذا كان وله قدرة على اتمامها وجب
كالمشروع في صوم التطوع خصوصا وعدم اتمامها يوجب الحاق الضرر بالآخر وهو العبد بخلاف ما اذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه ويكتب
له ثواب ما قدر عليه من القربة واما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من ان الاستسعاء عندهما على خلاف القياس في
صورة الاعسار بناء على انه ضمان اتلاف وهو بعيد عن التوجيه اذ لا شك في ان عتق ما يملكه مشروع وعبادة والاتلاف وقع باتفاق
الحال وهو لا يوجب ضمانا لانه ليس جناية على الغير وان فسدت ماليته باقي العبد كمن هدم داره فانهدم دار غيره فالحق ان القياس ليس جدار
الا الاستسعاء والنص خصصه وفي المسألة قول الثوري والليث ان الساكت بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن ولا سعاية اصلا
وسبب هذا القول اعلال لفظ السعاية في حديث ابي هريرة قال النسائي اثبت اصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائي وسعيد بن ابي عروبة
وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن ابي عروبة يعني في ذكر السعاية قال وبلغني انهما ما رويا هذا الحديث فجعل الكلام الاخير وان لم يكن له مال استسعى
العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة قال عبد الرحمن بن مهدي احاديث همام عن قتادة اصح من حديث غيره لانه كتبها املاء وقال الدارقطني سمعت
ابا بكر النيسابوري يقول ما احسن ما رواه همام ضبطه فصل قول النبي صلى الله عليه وسلم من قول قتادة ورواه ابن ابي عروبة وجرير
بن حازم عن قتادة فجعل الاستسعاء من قول النبي صلى الله عليه وسلم واحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام قال الخطابي
اضطرب سعيد بن ابي عروبة في السعاية فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها فدل على ان ذلك ليس من متن الحديث ويدل على صحة ذلك
حديث ابن عمر رضي في الستة عنه عليه السلام من اعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى
شركاءهم حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر فان سعيد بن ابي عروبة من الاثبات
في قتادة وليس هو بدون همام عنه وقد تابعه جماعة على ما ذكر الاستسعاء ورفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وهم جرير بن حازم
وابان بن يزيد العطار وحجاج بن ارطاة ويحيى بن صبيح الخراساني وقال الشيخ تقي الدين وقد اخرجه الشيخان في صحيحيهما وحسبك بذلك يعني رفعها
الاستسعاء وفي المسألة مذاهب اخرى ضعيفة مثل انه لا يعتق شيء اصلا ولو باذن الشريك وانه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته وان
له التضمين وان كان معسرا وهو منقول عن زفر وبشر المريسي وانه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول ابن سيرين **قوله** ثم المعتبر يسار
التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت وهو ظاهر الرواية وهو قول الشافعي ومالك واحمد وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل و
الخادم وثياب البدن لا يسار الغنى اي الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشائخ لان يسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين جانب
المعتق وجانب الساكت لان مقصود المعتق القربة وتتميمها بضمانه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لانه اسرع من الاستسعاء
فكان باعتبار نصاب التيسير اسرع في تحقق مقصودهما فوجب وهذا في الحقيقة تعليل النص والا فصريح المنقول اوجب الضمان عند مجرد

واما التخريج على قولهما فيخير الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه وله الاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء وكذا للمعتق لانه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان وفي حالة اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبته قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقال الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل تبتنى على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد

ملك قيمة الحصة لانه المراد بقوله عليه السلام وكان له مال يبلغ ثمن العبد باتفاق المتكلمين عليه **قوله** ثم التخريج على قولهما اي تخريج تفصيل المسئلة على قولهما فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد باتفاق لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار فلم يكن الضمان منقولا اليه كما وجب على العبد بل هو شيء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره واما جعلهما الولاء كله للمعتق للحصة فلان العتق كله من جهته لعدم التجزي فكان اعتاق بعضه اعتاق كله ويسعى في حالة اعساره حرا مديونا واما التخريج على قول ابي حنيفة رح فاثباته خيار الاعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق متجزء عنده فلا يعتق الباقي بعتق المعتق نصيبه والتضمين بالجر اي وخيار التضمين للمعتق لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك من الوصية والصدقة والاجارة والاعارة والامهار والاستخدام ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والاستيلاد والكتابة **قوله** والاستسعاء بالجر عطفا على التضمين اي واثبات خيار الاستسعاء لما بينا من انه احتبس مالية نصيبه عنده وانما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت لانه ملكه باداء الضمان من وقت الاعتاق فصار كالساكت في ولاية الاستسعاء فكذا من قام مقامه صار كالغاصب اذا قتل المغصوب في يده وضمن المالك فانه يرجع على القاتل لانه ملكه بالضمان وللمالك التضمين فكذا للغاصب ولانه بذلك يصير كعبد خاص به اعتق بعضه فله عتق الباقي واستسعاؤه **وقوله** ضمنا جواب عن سوال هو ان معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك الى ملك فاجاب بان ذلك في الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند ابي حنيفة لانه تمليك قصدا ولا يلزم من عدم الثبوت قصدا عدمه ضمنا والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته لانه ملكه بالضمان غايته ان بعضه بعوض وهو لا يمنع الولاء واما في حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا من احتباس ملكه والولاء له اي للساكت اي مشتركا بينه وبين المعتق في الوجهين اي في الاعتاق والاستسعاء فلا يرجع المستسعى على المفعول اي العبد على المعتق بشيء باجماع بيننا خلافا لابن ابي ليلى فانه يرجع عنده على المعتق اذا ايسر وانما لا يرجع بالاتفاق اما على قوله فانه يسعى لفكاك رقبته و اما على قولهما فلانه لم يكن ساعيا لفكاك رقبته فليس هو بسعايته يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء على المعتق اذا كان معسرا بخلاف العبد المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبته قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع على المعتق اذا ايسر ونظير الاولى ما اذا اعتق امته على ان تتزوجه فابت تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو اعتقها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند زفر تجب عليه قيمة الجارية بخلاف المريض اذا اعتق عبده فانه يسعى وهو رقيق لان تصرف المريض فيما لا يحتمل النقض موقوف عنده وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب وهذا قول الشافعي ووجهه عنده انه لا وجه لتضمين الشريك لاعساره ولا لاستسعاء العبد لانه ليس بجان ولا راض به ولا لاعتاق الكل لانه اضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا انما يستسعى **قوله** غير جان الخ قلنا لا يفتقر الى الجناية بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبغ الثوب المطار وقد يتمسك له بما روي من الزيادة في قوله فقد عتق منه ما عتق ورق ما رق ويدفع بانها كما قال اهل الشان ضعيفة مدرجة ولو ثبت لم يكن المراد بالرق فيها المالك بحيث يجوز الاجتماع الضاحكة الحر الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد

قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رح وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي

والحق انه لا يحتاج اليها بل بقوله عتق منه ما عتق كفاية فانه اذا لم يعتق الا ذلك القدر ان لم يلزم بقاء الباقي رقيقا يلزم بقاؤه مملوكا والمالك هو المطلق للتصرف والجواب ان الذي في حديث ابي هريرة رض المتقدم من قوله فعليه خلاصه في ماله ان كان له مال والا استسعى غير مشقوق عليه يوجب استسعاءه عند اعساره ولا اعتراض على الشارع مع ان وجهه ما قدمناه واعلم انه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء ان المراد بها على تقدير صحتها انه يسعى ان اختار ذلك وان هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه والاوجه الاستدلال بما قدمناه من قوله ليس لله شريك فانه يفيد تخيير العتق كله كما قالا او بعدم تقرره وهو الاولى واذا لم يقرر الضمان على المعسر لزم الاستسعاء والا بطل حقه مجانا بغير فعل غيره ولا نظير له في الشرع والاستسعاء بلا جناية ثابت كما في العبد المرهون اذا اعتقه سيده المعسر لان الشرع اضطره الى فكاك رقبته حيث حكم بولاية الايجاد والاعدام بنفاذ عتق ذلك القدر والافتقار الباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه وللشافعي قول آخر هو كقولنا في اليسار والاعسار واختاره المزني من اصحابه قوله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة وعتق وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار العبد بذلك مكاتبا له اي في حكم المكاتب ويزعم انه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه ان شاء او يعتقه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان في دعواه عتق الشريك او صادقا لانه مكاتبه ان كان صادقا ومملوكه ان كان كاذبا فلهذا يستسعيانه اما في الصدق فظاهر واما في الكذب فلتمكن الانسان من امر عبده ان يسعى ويأتيه باكسابه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه اي حق كل منهما في الحالين حال يسار الآخر واعساره في احد شيئين السعاية او التضمين الا ان في اليسار حقه في احدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الاعسار حقه في احدهما عينا وهو السعاية وهذا لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عند ابي حنيفة وقد تعذر التضمين لانكار الشريك الاعتاق وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لانه فرد ويشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهما على الآخر انه اعتق لم يقبل للمعنى الثاني فانهما يثبتان لانفسهما حق التضمين او يشهدان لعبدهما وانما اثبتناه ما اثبتنا في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة الاسترقاق ضمنا لشهادته فتعين السعاية وهو عبد عند ابي حنيفة حتى يؤدي لان المستسعى كالمكاتب واورد ان التضمين غير متعذر لانه لما انكر يحلف فان نكل جاز التضمين واجيب بانه لما كان اعتقاد كل ان صاحبه هو الذي اعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لان المال الى السعاية وهذا صريح في انه لا تحليف في المسئلة وح لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان او صادقا فيجب ان يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا الكلام اي تعيين استسعائهما العبد انما بعد ان يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو اوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد انه فيما اذا لم يترافعا الى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بانك اعتقت نصيبك وهو ينكر فان هذه ليس حكمها الا الاستسعاء اما لو اراد احدهما التضمين او ارادا تضمينا متفاوت فترافعا او رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فان القاضي لو سألهما فاجابا بالانكار فحلفا لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه

عنده

وقال أبو يوسف ومحمد إن كانا موسرين فلا سعاية عليه لأن كل واحد منهما يبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقاً كان أو كاذباً على ما بيناه إذ المعتق معسر وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر منهما لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعي عليه السعاية فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر منهما لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئاً للعبد عن السعاية والولاء

موقوف في جميع ذلك عندهما لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفاً إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حر وقال الآخر إن دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان يتأتى التفريع فيه على أن اليسار هل يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق

حلف كاذباً في اعتقاده أن العبد محرم استرقاقه فكل استسعاه ولو اعترفا أنهما أعتقاه معاً أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل للآخر إن كانا موسرين ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة فإنه إن نكل صار معترفاً أو باذلاً فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا **قوله** وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن كانا موسرين فلا سعاية عليه لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته وإنما يدعي الضمان على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت عليه لإنكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه بثبوت سببها حيث أقر امرأ بعتق الشريك مع يساره وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعي السعاية صادقاً كان أو كاذباً بالغرض أن المعتق معسر قوله على ما بيناه أي من أن العبد مملوكه أو مكاتبه إلا أن عندهما لا يكون مكاتباً بل حر مديون وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر منهما لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعي السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئاً للعبد من السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك لأن كل واحد منهما يحيله أي يثبته بيّنه لصاحبه حيث ادعى أنه هو الذي أعتق والعتق لا يتجزى أي لا يثبت إلا ما لا يتجزى من زوال الرق وهو أي صاحبه يتبرأ عنه فيبقى موقوفاً إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما فلو لم يتفقا حتى مات وجب أن يأخذه بيت المال **قوله** ولو قال أحد الشريكين في عبد إن لم يدخل فلان يعني العبد الدار غداً فهو حر وقال الآخر إن دخلها غداً فهو حر فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف ويسعى لهما في النصف الآخر بينهما وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف على تفصيل يقتضيه مذهب أبي يوسف وهو أنه إنما يسعى في النصف لهما إذا كانا معسرين فلو كان أحدهما موسراً يسعى في الربع للموسر ولو كانا موسرين لا يسعى لأحد وإليه أشار المصنف بعد هذا بقوله ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق فإنه جامع بينه وبين قول أبي حنيفة في أنه لا يجب إلا النصف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لهما إن كانا معسرين ونصفه للموسر إن كان أحدهما معسراً ولا يسعى في شيء إن كانا موسرين وهذه على وزان المسألة السابقة أعني إقرار كل منهما أنه هو الذي أعتق وهناك إذا كان أحدهما معسراً والآخر موسراً لا يسعى إلا للموسر وكذا هذا وهذا لأن الذي يأخذ السعاية أبداً يكون هو الساكت والآخر معتق فإذا كان أحدهما موسراً فإنه يتبرأ من تضمين المعسر فيأخذ السعاية وعلى أن المعسر هو الساكت فزعم أن لا سعاية له على العبد وإنما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في أن العتق من جهته بمباشرة شرطه أو من جهة الآخر فيتعذر عليه الوصول إلى شيء مطلقاً كما لو كانا موسرين فإن كلاً يزعم أن حقه تضمين الآخر وهو ليس غيره وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية **قوله** لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول وهو الذي تحقق شرطه الذي علق عليه عتق العبد ولا يمكن القضاء على المجهول ولا التوزيع لأنه يؤدي إلى إسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته وإعطائه لغير مستحقه وهو الذي وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لأنه غير واقع في المعين فلم يتأت فيه التوزيع فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف فإنه لا يقضى بشيء للجهالة فكذا لا يقضى بسقوط شيء لذلك وإذا لم يحكم بسقوط شيء وجب الكل **قوله** ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين و

ووجدانيين من كل العبدين ... لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذلك المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي الاولى المقضي
معلوم فتغلب المعلوم المجهول واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق وشمل ما اذا علم الآخر انه ابن شريكه
او لم يعلم وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية

مع التيقن بالسقوط كيف تقضي به بوجوب الكل والجهالة المانعة من القضا بالسقوط ترتفع بالشيوع اى شيوع النصف الذي عتق في نصيب الشريكين وتوزيعه عليهما فصار المقضي عليه بالسقوط والمولين فلا جهالة في المقضي عليه وانما يلزم لو قضي على احدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم اولوية احدهما بتمامه وكون التعيين في نفس الامر يمنع التوزيع منتقض بما في كتاب التحري عشرة رجال لكل منهم جارية اعتق احدهم جاريته ثم صار لا يدري المعتق ولا المعتقة ثم اجتمعت في ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن وتسعى كل واحدة في تسعة اعشار قيمتها التحرير
وصار كما اذا اعتق احد عبيده لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان في الاول والثاني فان العتق يوزع عندنا لعدم الاولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصفه للورثة وقيد موته معتبر لانه اذا لم يمت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعي في انه يقرع بينهما في قول وفي قول الوارث يقام مقامه فانه اثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة في الثاني واسقاط جميع حق المستحق في الاول واسقاط بعضه للضرورة اولى وقيل ان الجهالة في المقضي عليه لا يمنع القضا اذا كان المقضي له معلوما بدليل ان من طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر للتيقن به وان كان المقضي عليهما منهن مجهولة لكن لما كان المقضي لها معلومة جاز القضاء كذا هنا المقضي له هنا معلوم وهو العبد ولا يخفى ان من صورة المسئلة ان تنفقا على ثبوت الملك الكل الى آخر النهار قوله ولو حلفا على عبدين الخ يريد ان يفرق بين السابقة وهذه وهي ما اذا حلف كل من رجلين على عبد واحد وبين هذه وهي ما اذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال احدهما ان دخل فلان غدا فعبدي حر وقال الآخر ان لم يدخل فلان فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه لم يعتق واحد منهما ولا شئ منه في قول الكل لان المقضي عليه بعتق عبده وهو احد المولين مجهول والمقضي له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضا ولو اشتراهما انسان صح وان كان عالما بحنث احد المالكين لان كلا منهما يزعم انه يبيع عبده وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو اقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح واذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه احدهما لان زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لان المقضي عليه معلوم ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاول هو مقر بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقرا بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان احدهما متعلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذاك في مثل قوله ان لم تدخل فعبدي حر بخلاف ما اذا لم يكن دخل فانه يستعمله الناس في الدخول وعدمه في الماضي لتحقق الدخول فيه حقيقة شرطه بظهور انه لم يدخل في الماضي وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن ابي يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب اقراره بنزول الطلاق قوله واذا اشترى الرجلان ابن احدهما يعتقه واحد بان خاطب البائع الاب والآخر معا بان قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا عتق نصيب الاب لانه ملك شقصا من ابنه فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيئا ولو كان موسرا سواء علم الشريك انه ابن الآخر او لم يعلم ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريك ابيه ان شاء وان شاء اعتقه

وعلى هذا اذا اشتريه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه

هذا عند ابي حنيفة واجمعوا انهما لو ورثاه لا يضمن الاب وكذا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك واحمد رح لعدم الصنع منه ولفظ الحديث اعني قوله عليه السلام من اعتق شركا الخ يفيد كون العتق اختياريا وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن فيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة معا او صدقة او وصية وعلى هذا الخلاف ايضا اذا اشتراه رجلان احدهما يعتق نصفه ان اشترى اما لو حلف لعتقه ان اشتراه لا يعتق لانه لم يوجد الشرط وهو شراء كله لهما انه اي الاب ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق الاختياري لترتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه وله ان شرط التضمين مع العتق الاختياري ان لا يكون برضا من له حق التضمين ولما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذي هو علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة كان راضيا بافساد نصيبه فلا يضمنه فصار كما اذا اذن له باعتاقه صريحا وعلم مما ذكر ان المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على ان اعتاقه يثبت اختيار الشراء انه يخرج به عن عهدة الكفارة اذا نوى بالشراء عتقه عنها وهذا بخلاف ما لو قال احد الشريكين للآخر ان ضربته فهو حر فضربه فعتق نصيبه فان له ان يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرة شرط العتق رضا بالعتق لان وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط بخلاف قبول الايجاب في البيع لانه مباشرة العلة لان العلة هو العقد وكل من باشره فهو مباشر علة العتق ولو قيل سلمنا انه ليس بعلة اليس انه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا فانا لا نشك ان له تاديب عبده اذا اقتضاه حاله ومنعه منه ضرر لا يلتزمه بالزامه اياه فحلفه عليه ان لا يفرط ظلم منه فلا يصح ان يقال ان لم يلتزمه يبطل حقه في التضمين لكنه ينتقض بانه لو قال ان ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه واطلاق الجواب خلافه واما ما اورد في منع ان مباشرة العقد رضا لانه ضرر والعاقل لا يرضاه ولان وضعه لاثبات ملكه لا لزواله فمدفوع بالضرورة لان من علم ان عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بانه راض منه بما يترتب عليه وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه اثبات ما يترتب عليه وللعاقل في ذلك اغراض صحيحة دنياوية من استفادة المدح والولاء وقد يكون قيمته اكثر من الثمن واخروية من الاجر لا يقال رضاه الاب بالشراء رضا بالاعتاق والرضا بالاعتاق رضا بالضمان وابو حنيفة رح يثبته اذا كان المعتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه لانا نقول كونه رضي بالضمان لا يوجب امكان تضمين الآخر له الا اذا لم يكن رضي باعتاقه كما ذكرنا واما ايراده على قولهما بان الاعتاق لا يتجزى على قولهما فاعتاق البعض اعتاق الكل ولا يمكن اعتاق الكل الا بتملك نصيب الآخر ولا يملك الا بالضمان والجواب انه تملك ضمني فلا توجه له هنا قوله وهذا ضمان افساد جواب عما يقال كونه رضي باعتاق شريكه لا يوجب اسقاط الضمان كما لو استولد الامة باذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان افساد وبسطه ان الضمان في العتق ضمان تملك ولا يسقطه الرضا ليثبته ذلك ضمان الاستيلاد فلو استولد احد الشريكين الجارية باذن شريكه لا يسقط ضمانه له ومن حكم ضمان التملك ايضا انه يثبت مع اليسار والاعسار وانما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لان وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يستدعي التملك فاثبتناه وضمان الاتلاف وهو ضمان الاعتاق ويقال ضمان جناية وليس بصواب لانه لا جناية في عتق الانسان ما يملكه لله سبحانه حتى يثاب عليه ثم لقيد به تعيب الشريك فصح ان يقال ضمان اتلاف وضمان افساد وان لم يكن عليه اثم

ولو كان الاجنبي اشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده
وهذا عند ابي حنيفة لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه
عند ابي حنيفة وقالا يضمن اذا كان موسرا ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه
الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمته قنا ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة
وقالا العبد كله للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به
ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه
فاسد بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهم العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق
غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك
وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر
ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف

في هذا الافساد ولعدم توقصد لعتقه قصدا فاسدا اثم به اما وضع العتق فليس مقتضاه لزومه ثم كون ضمان الاعتاق ضمان الاتلاف في ظاهر الرواية
عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار بالنص بخلاف القياس ولا يختلف الجواب بين علم الشريك لا بنية وعدمها وروى عن
ابي يوسف انه ضمان تمليك فلا يختلف باليسار والاعسار وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل بين كون الشريك عالما بالابنية فلا يضمن
الاب او غير عالم فيضمنه لان رضاه لا يتحقق اذا لم يكن عالما وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لان المسقط لحقه في التضمين مباشرته سبب
اسقاطه فلا يختلف لعلمه وجهله كما اذا اطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم انه ماله سقط تضمينه الغاصب والنظير المذكور
في الكتاب ما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بحاله فانه ليس له ان يضمن الآكل اذا علم مستقيم ايضا وانما قلنا على
خلاف القياس لان القياس ان لا يختلف ضمان الاتلاف باليسار والاعسار الا يرى ان من اتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا
فان قلت قد اسلفت ان القياس ليس الا الاستسعاء لان العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا ان القياس هو التضمين
للاتلاف قلنا قد حكى خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين ولا شك ان كون القياس الاستسعاء هو
اقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا اثبات عليه وكل منهما غير صحيح في نفس الامر لفرض ورود النص
على خلاف اطلاق مقتضاهما من الاستسعاء دائما والتضمين دائما وكل قياس خالفه النص فهو باطل سوا ظهر للمجتهد القياس الصحيح
الموافق للنص او خفي عليه والقياس الصحيح هنا هو على من شرع في صوم التطوع او صلاته قادرا على اتمامه حيث يجب عليه اتمامه فان لم [نبهنا]
يقدر لم يجب ووجب له اجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع اليه قوله وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر وهو
موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب قيمة نصيبه لانه ما رضي بافساد نصيبه لان ولاية ذلك ما كان الا بقبوله البيع معه وهو منتف هنا
فلذا وقع اتفاقهم هنا انه يضمنه فان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة وحده بناء على ما تقدم
من ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له اي للاجنبي بل يتعين التضمين على ما مر من ان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما
قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة للبائع وقالا ان كان موسرا يضمن ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك
كله والوجه قد ذكرناه وهو انه لما باعه منه فقد رضي بعتق نصيبه والرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه والا فهو لم يذكر
ان البيع ممن يعتق عليه رضا بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو ان الرضا يمنع قوله واذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره احدهم
وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فاراد كل من الساكت وهو الذي لم يعتق ولم يدبر المدبر الضمان وهو المراد بقوله فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن
المدبر ثلث قيمة العبد قنا وليس له ان يضمن المعتق شيئا واذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد انشاء على وزان ما تقدم فيما اذا اعتق احد الشريكين وهو
موسر حيث ضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند ابي حنيفة وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي
ضمن اعني ثلثه قنا وهذا كله عند ابي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره اولا ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا
الخلاف ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعب العتق اذ هو عتق مضاف فيكون معتبرا به ولما
كان التدبير متجزيا عنده واقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين حيث امتنع على كل منهما البيع وما في معناه من الهبة والوصية

وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا

والصدقة والامهار ويثبت لكل منهما خمس خيارات ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا فاذا اختار احدها العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت وهو الثالث الذي لم يعتق ولم يدبر سببا ضمان احدهما تدبير المدبر الذي افسد عليه ما افسد والآخر عتق هذا المعتق فانه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق به العبد خروجا الى الحرية بالسعاية او التضمين غير ان الساكت له تضمين المدبر ليس غير ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل في الضمان لان يعتدل جانبا الضامن والمضمون له فانه لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب في تحقيق المعادلة ان يملك الضامن ما دفع بدله فحيث امكن هذا لا يعدل عنه ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على اصلنا خلافا للشافعي من حيث جعله ضمان اتلاف فاذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبة من التدبير ونحوه اولى وهذا يحقق ما ذكرت لك في قولهم ان ضمان جناية والدليل على اعتبارهم اياه ضمان جناية ما في قاضيخان لو غصب عبدا فابق وقضي على الغاصب بالقيمة ثم عاد فللغاصب ان يبيع العبد مرابحة على القيمة التي اداها والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده اكسابا ثم ابق ولم يرجع حتى مات كانت الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند اداء الضمان ومما يدل على ذلك صحة اقرار المأذون بالغصب في الحال مع ان اقراره بالاتلافات موجب لما بعد العتق وانما وجب ان لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما امكن وجب هنا لانه ممكن لكونه اي نصيب الساكت قابلا للنقل من ملك الى ملك في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا للضمان المعاوضة لانه اي العبد عند ذلك مدبر وفي بعض النسخ حر او مكاتب على اختلاف الاصلين ولا بد من رضى المكاتب لفسخ حتى يقبل الانتقال فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف هو غير مستقيم لانه عند الاعتاق ليس حرا ولا مكاتبا بل بعد العتق يصير كذلك وكذا المستسعى عند ابي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ واذا كان كذلك فاذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم ان لا يكون ضمان معاوضة اذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان افساد فلهذا يضمن الساكت المدبر ليس غير ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما افسد عليه نصيبه مدبرا فان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما قال مدبرا لان المدبر مال متقوم حتى لو كان مدبر الشريكين فاعتق احدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يتملكه بالضمان **قوله** وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين دينارا ضمن ستة دنانير لان ثلثيها وهي قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة **قوله** على ما قالوا طريقة في مثله الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة وقيل نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وقد فات الثاني دون الاول وقيل تقوم خدمته مدة عمره حزرا فما بلغت فهي قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا ان الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسأل اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيع هذا فائت المنفعة

ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه ثبت مستندا وهذا ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر
في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار

المذكور كم تبلغ فما ذكر فهو قيمته وهذا احسن عندي واما قيمة ام الولد فثلث قيمة القن لان البيع والاستسعاء
قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع وقيل قيمتها قدر ما يستمتع بها مدة عمرها على الحزر كما تقدم والوجه ان يقال مدة عمرها جبهها منها ومن مواليها
وتسئل عنه اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حر يدا لا بقيت الرقبة **قوله**
ولا يضمنه اي لا يضمن المدبر المعتق قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته
ثلثها قنا وثلثها مدبرا لان ملكه فيه اي في ثلثه قنا يثبت مستندا الى وقت التدبير وهو ثابت من وجه وهذا بالنظر الى حال
اداء الضمان دون وجه وهو بالنظر الى الحقيقة حال التدبير فلا يظهر في حق التضمين بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق التضمينه ع
واستشكل بما اذا اعتق احد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فانه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا اجيب بانه لما بان ن
انتقل نصيب الساكت اليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق اما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا
ليس للقائم مقامه وهو المدبر ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه ولا يخفى ان هذا لا يدفع الوارد على
قوله ان الملك المستند لا ينتهض سببا للتضمين اذ قد ثبت التضمين به للعبد غير ان المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه مقام الساكت
الذي لا ضمان له على المعتق فكان الاوجه ان يقال من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لانه بالضمان له قائم مقامه وليس له ان يضمن
المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه بخلاف ثلث نفسه اعني ثلث المدبر فانه لم يقم فيه مقام احد ويمكن ان يدفع وروده اصل
السؤال بان الكلام في ان الملك المستند لا ينتهض سببا للضمان مفيدا كالمعتق المفسد باعتاقه ملك المدبر في نصيب الساكت والرجوع على
العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لان العبد ليس مفسدا شيئا قبل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت ان يضمنه
فكذا من صار الملك له وقام مقامه واعلم انه لو لم يعتق المعتق الا بعد اداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه ما ضمنه من
ثلث قيمته عبدا مع ثلثه مدبرا لان الاعتاق وجد بعد التملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته كذا عللوا والوجه
على هذا ان يقال في اصل التعليل ليس له ان يضمن المعتق ما ضمنه لانه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وان يدفع الوارد ايضا
لانه ظهر ملكه حال العتق باداء الضمان مستندا ويحتاج الى تتميمه بقولنا فيكون ثابتا حال الاعتاق من وجه دون وجه ويعود السؤال بعتق
احد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده هذا واورد الطلبة على هذا انه ينبغي ان يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا لانه حين ملك ثلث الساكت
بالضمان صار مدبرا لا قنا ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء له لانه صار كانه دبر ثلثيه ابتداء والجواب لا نسلم الا امتنع كون الثالث الذي
ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه اذ لا موجب لصيرورته مدبرا الا ان ظهور الملك الآن لا يوجبه والتدبير يتجزى
وذكرهم اياه في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج اليه اذ يكفي فيه انه على ملكه حين اعتق الآخر وادى الضمان وانما لم يكن ولاؤه له
لما ذكرنا من انه ضمان جناية لا تملك **قوله** والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار
فان احد ثلثيه كان نصيبه بالاصالة والآخر تملكه باداء الضمان للساكت فصار كانه دبر ثلثيه من الابتداء بخلاف المعتق فانه وان كان
له ثلث العتق وثلثه ادى ضمانه للمدبر ليس له الا ثلث الولاء لان ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة بل ضمان افساد لما ذكرنا من ان

وإذا لم يكن التدبير يتجزأ عندهما صار كله مدبراً للذي دبره أولاً وضمن نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر

وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوماً ويوماً تخدم المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها

المدبر غير قابل للنقل فيبين أعتقه كان مدبرا ولو كان اختار الساكت استسعاء العبد فالولاء بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلثه وفي النهاية وغيرها في قوله والولاء بين المعتق والمدبر أي بين عصبة المدبر والمعتق لأنه إنما يعتق بعد الموت ونسبه لقاضي خان وهو غلط لأن المعتق التنجيز يوجب إخراجه إلى الحرية تنجيزا على الأمور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى مع استخدام المدبر إياه من غير حجره كما لو أعتق أحد الشريكين اختار ودبره الآخر الساكت فإنه لا يتأخر حريته وبقيته إلى موته كما قدمنا أول الباب بخلاف ما لو لم يكن العتق منجزا بل تدبيرا من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قبله أو كان مكاتبا للشريكين فدبره أحدهما تقيد في نصيبه وبقي نصيب الآخر مكاتبا عن غير ضمان ولا سعاية عند أبي حنيفة لأن نصيب الآخر على حاله عنده وأما في الزيادات مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية إلا إذا عجز عند أبي حنيفة لأن الكتابة تتجزأ عنده وعندهما عتق كله والولاء له لأن حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى إلى أن يعجز عنه فيخير بين تضمين المعتق إذا كان موسرا أو استسعاء العبد مختارا أو جبرا بإجازته فهو تحقيق ما قلنا من أنه لا ينتفي فيه الرق إلا إلى أن يؤدي السعاية والله أعلم **قوله** وإذا لم يكن التدبير يتجزأ عندهما إلى آخره يعني أن ما ذكرناه إلى هنا قول أبي حنيفة فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبرا للشريك المدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمن ثلثي قيمة الشريك ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك لأنه أمكن على ما ذكرنا فأشبه الاستيلاد أي ما إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه على حاله موسرا كان أو معسرا بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد لا ضمان تملك وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالإعسار واليسار واردا فيه والولاء كله على قولهما للمدبر وهو ظاهر لأن العتق كله من جهته واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الإفساد في الإعتاق لا ينافي ضمان التملك لأنهما حيث قالا إن العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى لو كان الولاء كله له يلزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت إليه وإلا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه وح يجب أن يقال ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس **قوله** وإذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوما أي لا تخدم أحدا ويوما تخدم المنكر ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له وتستسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة كذا ذكره الفقيه أبو الليث ووجه هذا التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكي ولو قال أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه فإنه لم يتمكن من تضمينه إن كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لأنه لما كان متمكنا من إفساده بإعتاقه اعتبر إقراره بفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسر والآخر معسر وعندهما كذلك إن كان المقر عليه معسرا فإن كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لأنه معترف بأن لا حق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لإنكاره ولا بينة وقال محمد رح إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لأبي يوسف ولا ينبغي مثله أن يفعل إلا أن يفرق بالبيان فيقال في قوله الأول مثلا

لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فيمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فيخرج الى الاعتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة ونصف السعاية فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهذا امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهى

والاقرب انه ينسب اليه الآن بالبيس هو قائلا به واختلف المشائخ في ان خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وابي يوسف الاول والصواب ان لا خدمة له عليها بل بمجرد اقرار المقر صار حق المنكر في سعايتها وتخرج بها الى الحرية وفي المختلف في باب محمد ان نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهو اللائق بقول ابي حنيفة ويبتنى على قول محمد ان لا نفقة لها عليه اصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس واما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب واخذ الجناية عليها اي تاخذ جناياتها ممن جنى عليها لتستعين بها وعلى قول ابي حنيفة جناياتها موقوفة الى تصديق احدهما صاحبه قوله لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كانه هو استولدها كما لو اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه هو الذي اعتق حتى لو اشتراه عتق عليه فاذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فانه لا يكون للآخر الاستخدام والمقر ايضا امتنع عليه الاستخدام لانه يدعي الملك على المنكر واذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال ان نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حق استسعائها لاحتباس ماليتها ومنافعها عنده ولا وجه الى تضمين شريكه فاذا استسعاها فلا سبيل لاحد عليها فان المنكر اخذ حصته والمقر يبرؤ منه بدعواه ان حقه تضمين المنكر لدعواه الاستيلاد فصارت كام ولد النصراني اذا اسلمت لما امتنع من استدامة مقاصد الملك عليه ولم يمكن اخراجها عن ملكه مجانا للاضرار به وجب ان يعتق بالسعاية قوله ولابي حنيفة رح وعلمت ان ابا يوسف معه ان استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين لان المقر ان كان صادقا فيكون جميع خدمتها له لانها ام ولده وهو يستحق خدمتها او كاذب فله نصفها والآخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن واما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لانه يبرؤها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه وهو لف ونشر مرتب وقولهما انقلب اقراره عليه قلنا ممنوع لان الاقرار بامومية الولد اقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد بنفسه حكما نعم يوجب ذلك ان يواخذ باقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا بذلك ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا الاقرار على نفسه لا من الانقلاب وحاصله منع الانقلاب والجواب عما استدل به عليه قوله وان كانت ام ولد بينهما بان ادعى كل منهما انها ام ولده فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها وان كان معسرا سعت للساكت فيه واصل الخلاف في تقوم ام الولد فعنده غير متقومة وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير ابي حنيفة وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى احداها هذه والثانية ام الولد اذا ولدت ولدا من بين اثنين فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيئا لشريكه عنده وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الولد في النصف يعني اذا بلغ حدا يستسعى فيه ومنها ام الولد المشتركة بين اثنين اذا مات احدهما لا تسعى عنده وعندهما تسعى ومنها لو غصب ام الولد غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن الصبي الحر حتى لو وضعها في مسبعة فافترسها سبع يضمن عنده لانه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق ومنها لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما ومنها امة حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة اشهر من وقت البيع ثم

ووجه قولهما انه ينتفع بها وطيا واجارة واستخداما وهذا يدل على التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذه آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام فباقيان ولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعليه ان يرد جميع الثمن عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن **قوله** وجه قولهما وهو قول الجمهور انها ينتفع بها وطيا واجارة واستخداما ولذا يملك كسبها ولو قال كل مملوك لي حر عتق وهذا هو دلالة التقوم والفائت ليس الا مكنة البيع وهو لا ينفي التقوم كما في المدبر والآبق وامتناع سعايتها لغريم المولى او ورثته اذا لم يكن له مال سواها مثلا لانها مصروفة الى حاجته كيلا يشيع نسبه وما ذكره وهذا مما يخصها لا يوجد في المدبر فلذا افترقا في السعاية ولهذا اي الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه دلالة التقوم لان هذه الافعال لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والاجارة ولا زيادة بعد هذا الا ثبوت حق الحرية ولا تنافي بين حق الحرية والتقوم الا يرى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت سعت له وهذا آية التقوم في ام الولد مطلقا لانه لا قائل بالفصل بين ام ولد المسلم وام ولد النصراني فاذا ثبت التقوم في احدهما ثبت في الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت امه ام ولد فان المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا وحاصله دليلان الاول قياس على المدبر والثاني اجماع مركب وايضا ثبتت ماليتها فلا يخرج عنها الا بمقتضى حق الحرية الطارئ باستيلاد وليس مقتضيا لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك في المدبر فان فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوم لثبوتهما فيه **قوله** غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعتين منفعة البيع والسعاية بعد الموت وبقي منفعة من ثلاث فحصتها من ثلث القيمة بخلاف المدبر فان الفائت منفعة البيع فقط لانه يسعى بعد الموت اذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته قنا وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف فقد كتبناه في الكلام على قيمة المدبر **قوله** ولابي حنيفة رح الخ حاصل ما ذكر من اللوازم انما هي لوازم الملك بعضها اعم منه يثبت مع غيره كالوطي والاستخدام والاجارة فان الوطي يثبت ولا ملك له في المنكوحة والاستخدام والاجارة تثبت بالاجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ولا كلام في ملك الرقبة انما الكلام في التقوم والمالية والتقوم يثبت بالاحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الاحراز مالا متقوما بالملك وان ثبت معه والآدمي وان صار مالا بعد ان لم يكن في الاصل مالا لانه خلق لان يكون مالكا للمال ولكن ذلك اذا احرز للتمول وام الولد اذا احرزها واستولدها كان احرازه لها للنسب لا للتمول وان كان اول تملكها كان للتمول لكن عندما استولدها تحول صفتها عن المالية الى ملك مجرد عنه فصارت محرزة لما ذكرناه وهذه المقدمة تقبل المنع عن انتفاء صفة المالية والتقوم بالاحراز للنسب بان يقال لا نسلم الملازمة بين الاحراز للنسب وانتفاء التقوم وجوابه انه وان لم ينافه لكنه تابع فصار الاحراز في حق التقوم كالمنتفي ويدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعايتها لغريم او وارث وان لم تخرج من الثلث او لا مال له سواها وعليه ديون فان ما كان مالا متقوما في حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو في بعض الصور كالمدبر لما لم يخرج من الثلث او خرج والتركة مستغرقة تعلق به فظهر انه معتبر حالة الحيوة الا غير انه موصى به واذا لم يكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا الجأت فسعى في قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وام الولد وحين ثبت التقوم في المدبر ورد عليه لو كان متقوما جاز بيعه فاجاب عنه بان عدم جواز بيعه لتحقق مقصود المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته والجواب عن الزام التقوم بام ولد النصراني بمنع تقومها والزام السعاية فيها ليس لذلك بل الفروق اذ لا يمكن ابقاؤها مسلمة مملوكة له ولا اخراجها عن ملكه مجانا وهو ملك صحيح فانزلت مكاتبة عليه على قيمتها ونقول لا يفتقر بدل الكتابة الى التقوم في اصله لانه مقابلة ما ليس

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح كذلك الا في الداخل فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة
بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية
بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني
يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رح يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل

بمتقوم وهو كالحر ولو سلم فالامور الضرورية لا يقاس عليها ما ليس في معناها من كل الضرورة او نقول هو تعقيد المالية فيها
وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم ينبني على اعتقادهم كما في مالية الخمر اما ان ملكه لما احتبس عندها المعنى من جهتها
كان مضمونا عليها وان لم يكن متقوما كالقصاص اذا احتبس بنصيب احد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله وبهذا تم الوجه
لابي حنيفة رح واما قوله في الكتاب وهذا لان السبب فيها اي في ام الولد متحقق في الحال وهي الحرية الثابتة بواسطة الولد فغير
متوقف عليه الاثبات او قد ثبت شرعا بما ذكرنا عدم تقومها وانما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها يعني ان حكمة اسقاط
الشرع تقومها ثبوت الحرية بينها وبين مولاها الحر الى آخر ما ذكر في المصاهرة كما اشار اليه عمر رض حيث قال كيف تبيعونهن
وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم فلثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم وكان مقتضاه ان تتجزى عتقها لكن انعقد الاجماع
على عدمه فبقي فيما سواه وهو عدم التقوم لعدم الاجماع عليه وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه السلام اعتقها ولدها بهذا الطريق
وهو انه يدل على تنجز العتق لكن الاجماع على ان المراد ثبت لها الولد حق الحرية فبقي فيما سوى حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم
فان قيل فالتدبير ايضا كذلك اي سبب في الحال للعتق لما ذكر في بابه فيجب ان ينتفي تقوم المدبر على ذلك ان انتفاءه بسبب الاموتية فالجواب والجواب قيل
ان ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في سائر التعليقات لضرورة هي ان تاخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه
لان ما بعد الموت زمان زوال اهلية التصرف فلا يتاخر سببية كلامه اليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر اثره في حرمة البيع خاصة لا في
سقوط التقوم بل يبقى في حق سقوط التقوم على الاصل يعني فيتاخر سببيته لسقوط التقوم الى ما بعد الموت وعلى هذا يحمل قول المصنف في المدبر
ينعقد السبب بعد الموت ويندفع عنه الزام التناقض وذلك ان كلامه في سقوط التقوم لام الولد فحاصل كلامه ان سبب سقوط التقوم
في ام الولد ثابت في الحال وسبب سقوطه في المدبر متاخر الى ما بعد الموت كما بينا

باب عتق احد العبدين هذا ايضا من عتق البعض غير ان الاول في بعض الواحد وهذا الكلام في بعض المتعدد
فنزل الاول من هذا منزلة الجزء وهو مقدم على الكل لان الاول في عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد **قوله** ومن كان له ثلاثة
اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر وهو الباقي من الاعبد الثلاثة فقال المولى احدكما حر فالمسئلة على ثلاثة اوجه احدها
ان يبين العتق قبل الموت والثاني ان يموت المولى قبل بيانه وهي مسئلة الكتاب والثالث ان يموت العبد قبل البيان وحكم هذا القول
ثم في الآخر منها ان يؤمر المولى بالبيان وللعبيد مخاصمته في ذلك فاذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج الكلام الاول عتق
وبطل الكلام الثاني لانه جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر انشاء في المبهم الدائر بينهما ولا يمكن ذلك الا اذا كان كل منهما محلا للحكم والحر
ليس كذلك فيبطل الثاني وصار خبرا بان احدهما حر وهو الثابت فلا يفيد في الخارج عتقا فان قيل البيان له حكم الانشاء لانه في
حق المحل المبهم انشاء في المعين فصار بيانه في الثابت كانه انشاء لان العتق فيه بعد ما عتق الاحد الدائر بينه وبين الخارج بالكلام
الاول فيتحقق عتق الثابت بعتق مستقبل عتق الخارج لكنه يعتق بالبيان اجيب بان البيان انشاء من وجه لا من كل وجه بل من حيث
ان وقوع العتق بالاول في المعين به لا يكون بالعتق الاول فقط لانه عتق المبهم وهو غير المعين يكون انشاء ومن حيث ان الموصى له

وهما يقولان انه دائر بينهما فيتنصف والتنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف

يجبر على البيان اذا خاصمه العبدان ولا يجبر على الشيوع العتق يكون الطف فانه على تقدير الانشاء يعتق الداخل وعلى تقدير الاخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك وان عين بالكلام الاول عتق الخارج فلا اشكال فيه مع بيان الكلام الثاني ويعمل ببيانه وان بدأ ببيان الكلام الثاني فقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق ويؤمر ببيان الاول لانه دائر بينه من الخارج والثابت حتى وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل لان حال وجوده كانا رقيقين وان لم يبين المولى شيئا حتى مات احد العبيد فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول الخارج بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق وان مات الداخل امر ببيان الاول فان عنى به الخارج عتق الثابت ايضا بالايجاب الثاني وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات المولى قبل البيان ففي مسئلة الكتاب فاتفقوا فيها على عتق نصف كل خارج وثلثة ارباع الثابت فاختلف في الداخل ومذهب ابي حنيفة وابي يوسف انه يعتق نصفه ايضا وعند محمد يعتق ربعه واستشكل قولهما بعتق نصف وثلثة الارباع مع قولهما بعدم تجزي الاعتاق والجواب ان قولهما بعدم تجزيه اذا وقع في محل معلوم الا فاذا كان الحال انما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة والحاصل ان عدم التجزي عند الامكان والانقسام هنا ضروري ورد وبعض الطلبة منع ضرورة الانقسام لان الواقع ان كل من عتق عنه البعض الذي ذكر لا يقر في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله حرا فيمكن ان يقول يعتق جميع كل واحد منه بما يسعى في ذلك القدر فيتحد الحاصل على قولهما وقول ابي حنيفة غير انهم يسعون وهم عبيد وعندهما يسعون وهم احرار والحاصل ان الضرورة اوجبت ان لا يعتق جميع واحد مجانا الا ان يعتق بعض فقط ثم يتاخر عتق الباقي الى اداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة اصلهما ورد على ذلك الطالب بانه عتق الكل عن كل واحد اتجه لانه يسعى وهو حر لزم ان يكون موجب قول المولى احدهما حر اعتاق الاثنين وهو باطل بل احدهما لا يودي معنى كلاهما وقد يدفع عنه بمنع كون الموجب لكل بل موجبه عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من كل منهما الضرورة التي اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوجب عتق بعض وجب وقوعه في الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا لقوله اعتقت فيناسب فكما يقع العتاق النصف اتفاقا للكل اذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا والحاصل انه لا موجب صلا لخروجهما عن اصلهما وموافقة ابي يوسف ابا حنيفة في عتق نصف الداخل لا يوجب موافقته في التجزي ووجه الاتفاق فيهما ما ذكره المصنف اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف اولا مرجح غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لانه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما لكن نصفه الثابت شاع في نصفيه فما اصاب منه المعتوق بالاول لغا وما اصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا الى عتق النصف بالاول فتم له عتق ثلاثة ارباع عندهما لانه او ارتد الثابت بالثاني يعتق نصفه الباقي وان اريد الداخل لا يعتق منه شئ فيعتق نصفه في حال ولم يعتق منه شئ في حال فيقسم النصف له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالاول فكمل له عتق ثلاثة ارباع وجه المذكور لمحمد في الداخل ان الايجاب الثاني دائر بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل **قوله** وهما يقولان ان حاصله ان

بالايجاب الاول كاذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف

ان اصابة الربع عندهما ليس قضية للكلام بل قضية عتق نصفه لكنه لشيوعه فى كله ونصفه شائعا معتوق فما اصاب منه هذا النصف لغى
وما اصاب القن عتق فلذا ربعه وهذا المعنى منتف فى النصف الذى اصاب الداخل وقد علمت آنفا ان محمدا لم يوافق على
هذا التوجيه هذا وتقدم له ايضا ان الايجاب الثانى صحيح فى حال وهو ان يريد بالكلام
الاول الخارج غير صحيح فى حال اخرى وهو ان يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت
يعتق كامل بينهما لكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شئ اصلا فانتصف الثابت به فاصاب
كلا ربعه فلذا اعتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن الداخل ارباعه واذا عرفت هذا ظهر ان المذكور
فى وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلثة ارباع الثابت على قول محمد ليس لذلك
الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف اصلا بل اصابه الربع ابتداء ربما ذكرنا لوجهين والله اعلم وان قولهم يريد
الخارج بالكلام الاول معناه يحتمل ان يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته والا فالمعتق
المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه وللشافعى فى اصل المسئلة قولان
فى قول يقرع بينهم وفى الاصح يقوم الوارث مقام المولى فى البيان وعند احمد رح يقرع بينهم وكذا اذا قال
لعبديه احدكما حر يقرع بينهما فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ لنا فى
تاصيل اعتبار الاحوال ما روى انه عليه السلام بعث سرية الى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم اصحاب النبى
صلى الله عليه وسلم فقضى النبى صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وليس هذا الا اعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه لله فيكون اسلاما فيجب
كمال العقل وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا لكماله فى اعتبار غير موجب فى اعتبار فقضى بالنصف
ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين ان رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم فجزاهم ثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة رواه مسلم والجماعة الا البخارى وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه
لانقطاعه باطنا وقد علمت ان ما صح سنده جاز ان يضعف بعلة قادحة ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة وكذا مخالفة العادة القاضية
بخلافه قالوا فهذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك والاستحقاق بالخطر والقرعة من هذا
القبيل لانها توجب استحقاق العتق ان ظهر كذا لا ان ظهر كذا واما مخالفته العادة بخلافه فانها قاضية بنفى ان واحدا يملك ستة اعبد
ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ولا شئ قليل ولا كثير وما قيل انه قد يتفق للعرب ذلك لما خاض
غلبتهم او يكون وقع له ذلك فى غنيمة ان كان مع الفرض الذى فرضناه من عدم شئ قليل او كثير من كل نوع فهو ايضا مما يقضى العادة
بنفيه لانه نادر نادر فكان مستحيلا فى العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة كما قالوا فى المنفرد بزيادة من
بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس انه يحكم بغلطه وصار رده من جنس خبر الواحد فيما يعم به البلوى
واما ما قيل انها واقعة حال فلا تعم فليس بشئ لان الفعل وان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح واذا كان طريقا صحيحا جاز لكم

قال فإن كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة
والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة سبعة وجميع المال إحدى وعشرين فيعتق من الثابت ثلثه ويسعى في أربعة ويعتق من الآخرين من كل واحد
سهمان ويسعى في خمسة فبلغت سهام الوصية سبعة وسهام الورثة أربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة لأن يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم فصار جميع المال ثمانية عشر ... سهام

وتعرف الحكم به الامتثال يلزم فيما استند الشرع به لا باعتبار الأحوال من قصة الخثعميين بلا فرق وكذا الخروج من أوجه ضعيفة وحقيقته
الوجه ليس إلا دلالة العادة والكتاب على نفي مقتضاه فيحكم بغلطه من بعض رواته عن عمران ولذلك أجمع على عدم
الاستعمال عند تعارض البينتين ليعمل بإحداهما وعلى عدمها عند تعارض الخبرين ونحن لا ننفي شرعية القرعة في الجملة بل نثبتها
شرعًا لتطييب القلوب ودفع الأحقاد والضغائن كما فعل عليه السلام في السفر لنسائه فإنه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزًا إذ لا حق لهن
يتنازع الضغائن إلى من يخصها من بينهن فكان الإقراع لتطييب قلوبهن وكذا إقراع القاضي في الأنصباء المستحقة والبداءة
بتحليف أحد المتحالفين إنما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل والحاصل أنها إنما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى
ومنه إسهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان كذلك وإلا فهو كان أحق بكفالتها لأن خالتها كانت تحته
والله أعلم وأما أن يتعرف بها الاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فأولى منه ظاهر التوزيع لأن القرعة قد تؤدي إلى حرمان المستحق بالكلية لأن العتق إذا
كان شائعًا فيهم يقع في كل منهم منه شيء فإذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه بخلاف ما إذا وزع فإنه ينال كلا شيء أما إذا لم يكن شائعًا فيهم كما تقدم
في العشرة المالكين لعشرة جوار إذا أعتق أحدهم جارية ثم لم تدر فصار ملك العشرة لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى في تسعة أعشارها ففيه
إصابة المستحق بعض حقه يقينا ومع القرعة جاز أن يفوتها كل حقها **قوله** فإن كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا لأن العتق
في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث فإن كانوا يخرجون من الثلث فلا إشكال وإن لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز الورثة
قسم الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته قال المصنف وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي
سبعة على قولهما أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما على قول محمد فستة وذلك لأنا نجعل كل رقبة على أربعة وإنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا
إلى ثلاثة أرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة من أربعة ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة
خارجة من الثلث فلا بد من كون جميع سهام الورثة ضعفها لأن الثلثين ضعف الثلث وهما سهامهم فيبلغ كل المال أحدا وعشرين وكل المال
هو الأعبد الثلاثة فيكون كل منهم وهو ثلث المال سبعة أسهم بالضرورة فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسعى في أربعة ومن الآخرين
الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلاثة أرباع الثابت إلى ثلاثة أسباعه وذلك أقل من نصفه بنصف
سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك أقل من ثلثه بثلث سبع وأما قول محمد فإنما تضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار
ربعه سدسا وعلى هذا يكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها اثنا عشر فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ن السهام
ستة فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة فكان المعتوق ممن يستحق ثلاثة الأرباع على قوله نصفه وعلى قولهما يعتق
منه نصفه إلا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في أربعة وعلى قولهما يعتق ثلاثة إلا ثلث سبع ومن الداخل
سهم واحد ويعتق سدسه وعلى قولهما يعتق سبعاه ولا يخفى أن الحاصل للورثة لا يختلف **قوله** ولو كان هذا في الطلاق يعني
قال لزوجتين له إحداكما طالق فخرجت إحداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال إحداكما طالق وهن غير مدخولات ومات الزوج
قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ووجب لها ثلاثة أرباعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ووجب لها خمسة أثمانه ومن مهر الداخلة

ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات

ثمنه ووجب لما سبقه اثمانه فالزمهما محمد على المناقضة فان سقوط ربع مهر الخارجة لو قوع الطلاق بينها وبين الثابتة ليسقط به نصف مهرين مهريهما ليس احداهما اولى بسقوطه من الاخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها والكلام الثاني موجب في حال هي ان تراد الخارجة وغير موجب في حال وهي ان تراد الثابتة لانه يصير جامعا بين اجنبية ومنكوحة لانه لا عدة لانه قبل الدخول فتنصف وثبت به سقوط الربع موزعا فيسقط ثمن مهر الداخلة وثمن مهر الثابتة فيضم الى ما سقط مع الاولى فيتم لها ثلاثة اثمانه فيجب مثله في مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل الى الثمن في الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لان الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف قال المص في جوابه قيل هذا اي المذكور في الطلاق قول محمد وحده اما عندهما فيسقط ربع مهر الداخل لا الثمن فلا يتم به الزام وقيل بل هو قولهما ايضا والفرق ذكر المص انه ذكره في زياداته وذكر تمام تفريعاتها ايضا فيها اما التفريعات فما قدمناه في بيان العتق قبل موت احد وبعد موت احد العبدين واما التفريعات في الطلاق فمنها ان ميراث النساء وهو الربع او الثمن يقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاوليين اعني الثابتة والنصف الاخير بين الاوليين لان احداهما ليست اولى به من الاخرى ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا في العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لعدم مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا في مسئلة العتق ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الاول في الخارجة صح وعليه بيان الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة والداخلة به وان بين الطلاق الاول على الثابتة لغا الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول وان اوقعه على الثابتة طلقت الخارجة ايضا لما تقدم واما الفرق فهو ان الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا اشكال فيه وكذا في حق الثابت اما على قول ابي حنيفة رح فظاهر لانه عتق نصفه وهو يقول بتجزي الاعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة اليه ايضا بخلاف الطلاق لانه ليس بين كون المرأة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الايجاب الثاني فيه دائرا بين كونه موجبا سقوط النصف وكونه غير موجب شيئا بخلافه في العتق واما على قول ابي يوسف وهو لا يقول بتجزي الاعتاق فلان الثابت دائر بين ان يكون حرا او بين ان يكون عبدا فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق الى آخر ما ذكرنا لابي حنيفة ولا يخفى ان المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول ابي حنيفة فيصير بذلك مكاتبا في الايجاب الثاني انما هو بعد موت المولى والا فالايجاب الاول انما اقتضى عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف احدهما لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم فقد يقال من طرف محمد ان اعتبار الاحوال انما هو حال صدوره يجب اعتباره وحال صدور الايجاب الثاني لم يكن في الثابت عتق اصلا ويجاب بانه انما يجب الاعتبار حال صدوره اذا كان لتعرف حكمه اذ ذاك ونحن انما نريد ان نتعرف حكم الكلام بعد الموت وفرق آخر وهو ان الكلام الاول يعتبر تعليقا في حق الداخل بحكم يقبل التعليق وهو وقوع العتق والابراء عن المهر فلا يجعله من جهة الزوج فان البراءة انما تكون من قبل المرأة فيعتبر تنجيزا في حق البراءة واذا اعتبر تنجيزا كان الكلام الثاني مترددا بين ان يوجب او لا يوجب شيئا فاوجب سقوط ربع المهر بين الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلثة اثمان مهرها

ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احديهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف رح

ومن الثابتة كذلك وكان سقط ربعها بالاول فيسقط ثلثة اثمان مهر وتستحق ثمنا واحدا هذا ولا يخفى ان تخصيص ابي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي انه لا يقول بتجزي الاعتاق في العبد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال **قوله** ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له اي لاحدهما انت حر بعد موتي عتق الآخر المقصود وذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم ومعلوم ان العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك رح وعند احمد لا بيان الا بالقرعة وباللفظ لا يصح الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ به وعند الظاهرية لا يعتق اصلا والبيان يقع صريحا كقوله اخترت ان يكون هذا حرا بذلك اللفظ الذي قلته او يقول انت حر بذلك العتق او اعتقتك بذلك العتق اما اذا اقتصر على قوله انت حر ثم قال اردت بذلك العتق فانه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ولو لم يقل شيئا عتق هو والآخر معا لان هذا اعتق آخر نازل بغير الاول وبه لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الاعتاق ودلالة كما اذا باع مطلقا او بشرط الخيار لاحد المتبايعين بيعا صحيحا او فاسدا مع قبض وبدونه في الصحيح لان البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجا عن الملك كما لو نجز عتق احدهما او باعه او وهبه وكذا اعتق الآخر بالمساومة في صاحبه وهذا لان ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه في الذي تصرف فيه فيقع بيانا للعتق في الآخر وحكما كما اذا مات احدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختياريا ولان البيان انشاء من وجه ولا انشاء في الآخر بموت قرينه لان الانشاء صفة اللفظ بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذي مات لنزول العتق فيه ولا بد من عتق احدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحي ولا يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في العتق المبهم المعلق كما قال اذا جاء زيد فاحدكما حر فلو مات احدهما قبل الشرط او تصرف فيه بازالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي وفرق بين البيان الحكمي والصريح فان الحكمي قد رايت انه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت ان يعتق فلان ثم وجد الشرط فلا يعتبر لانه اختيار قبل وقته كما لو قال انت حر ان دخلت هذه الدار او هذه ثم عين احدهما للحنث لا يصح تعيينه ولو باع احدهما او كلاهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد يثبت حكم العتق المبهم فيعتق احدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها وعن محمد لو كان اليمين قبل الحرية المجهولة يعني قال لعبده ان دخلت الدار ثم قال له مع آخر احدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب او رهن او آجر يكون بيانا ولو استخدم احدهما او قطع يده او جنى عليه لا يكون بيانا **قوله** لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع اي ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه اياه وللعتق من كل وجه اي لم يبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله احدكما حر فان حاصله تعليق عتق كامل بالبيان وبالتدبير لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاقه العتق عند الموت الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير قصد استيفاء الانتفاع به مدة حياته وان يعتقه بعد موته والمقصودان من الوصول الى الثمن والانتفاع المستمر الى الموت ينافيان العتق الملتزم بالايجاب المبهم فتعين له الآخر دلالة **قوله** وكذا اذا استولد احديهما اي وطئ احديهما فعلقت لانها صارت ام ولد له فتعينت الاخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم يبق محلا للعتق من كل وجه كالمدبرة وقصد ابقائها للانتفاع بها الى الموت وانما قيدنا الوطء بالمعلق فان الوطء غير المعلق ليس بيانا عند ابي حنيفة كما تقدم

بالنية والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا وكذا لو وطئ احدهما لما بينا ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رح وقالا تعتق لان الوطي لا يحل الا في الملك واحداهما حرة فكان بالوطي مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطيها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطيهما على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطي يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطي يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطيها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

واستشكل على تعين الآخر بموجب ما ذكرنا ما لو اشترى احد العبدين وسمى ثمن كل منهما على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء فمات احدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الحي مع ان بالموت لم يبق محلية البيع كما لم يبق محلية العتق وبما لو قال لامتيه احداكما بنتي او ام ولدي ثم ماتت احداهما لا يتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية وجواب الاول بالفرق بان عند اشراف احدهما على الموت تعين البيع فيه لانه تعذر رده كما قبضه فانه لا يخلو عن مقدمة تعيب فانما تعين البيع وهو حي لا ميت ولا يتعين العتق بالاشراف على الموت فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا لعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق وجواب الثاني بانه ليس ايقاعا بصيغته بل اخبار ويجوز ان يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع الى بيان المولى وقوله لا طلاق جواب الكتاب يريد به الجامع الصغير وقوله والمعنى ما قلنا اي من انه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق **قوله** والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك روي عن محمد في الاملاء اذا وهب احدهما واقبضه او تصدق فاقبض عتق الآخر قالوا ذكر الاقباض لتوكيد لا للشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما ان البيان باعتبار دلالة تصرف يختص بالملك ولان المساومة اذا عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد بدونه ادخل في طريق الملك اولى ان يعينه

قوله وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما يعني تطلق الحية لما قلنا في العتق من عتق الباقي بموت احدهما لعدم محلية العتق وكذا لو وطي احدى المرأتين تطلق الاخرى لما بين في المسئلة الامتين التي تليها **قوله** ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما ولم تعلق لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رح وبه قال احمد لانا اذا علقت عتقت الاخرى اتفاقا ولو قال احداكما مدبرة ثم وطي احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العتق وقالا تعتق وبه قال الشافعي ومالك في رواية لهما ان الوطي لا يحل الا في ملك واحداهما ليست في الملك لعتق احدهما بذلك الكلام ولذا لو قتلهما انسان وجبت نصف دية وقيمة لكل منهما فكان بوطي احداهما مبينا للمستبقي لملكها فتعينت الاخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق المبهم فانه اذا قال لزوجتيه احداكما طالق ولم يدخل بهما او دخل فقال طالق باين او ثلاثا فوطي احداهما طلقت الاخرى اتفاقا وانما قيدنا الطلاق بما ذكرنا لانه لو كان رجعيا لا يكون الوطي بيانا لطلاق الاخرى لحل وطي المطلقة الرجعية ذكره في النوادر وهل تثبت البيان في الطلاق بالتقبيل ففي الزيادات لا تثبت وقال الكرخي يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطي وله ان الملك قائم فيهما جميعا حتى قال يحل وطيهما ولهذا لو وطئهما بشبهة كان الواجب عقر مملوكتين ويكون كله للمولى وانما يملك البدل بملك الاصل وهذا لان العتق في المنكرة اي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة وتنافيها لان المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الاخرى في حق العلم والمبهمة احد دائر بينهما ووقوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به والمعلق بالشرط عدم قبله فهو كما لو قال لزوجته ان طلقتك فانت طالق او لامته ان دخلت فانت حرة فان له وطيها قبل الشرط لقيام الملك في الحال قولهما احداهما حرة ان اريد المعينة منعناه والمبهمة سلمناه ولا يفيد لان الوطي انما يقع في المعينة فوطيها لم يقع في محل الحرمة فحل فاذا حل وطي كل منهما لم يكن وطي احداهما دليلا على تحريم الاخرى لعتقها وانما يلزم لو كان الحلال وطي احداهما فقط وهو ممنوع وقد يرد النقض بالوطي بالطلاق المبهم فانه لو صح ما ذكر لزم حل وطيهما

ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما تعتق في حال وترق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا عتقت الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا

لو تعمد في عينه والمطلقة هي الموطوءة فاذا عينت تقيد حلها بما اذا لم تتعين احدهما للطلاق وبمجرد وطي احدهما تتبين الاخرى محرمة بخلافه في العتق هذا اول المسئلة وجوابه كما كان الوطي بيانا في الطلاق يجب ان يكون بيانا في العتق لان الملك في الزوجتين المعينتين قائم انما المطلقة هي المبهمة ولا جواب له سوى ان الدال في الاصل في الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستبقاء فانه هو الدليل على نفي الاخرى اذا كان الواجب اخراج احداهما عن الملك وهو مبطل فيدار على دليله وهو الوطي لطلب الولد فان طلبه يفيد استبقاء من هو منها كيلا يضيع حاله ووطي المنكوحة هو المفيد لطلب الولد ظاهرا لانه هو الذي وضع له عقدها لا وطي الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ووطيها من جهة الاستخدام قضاء للشهوة فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد دلالة ظاهرة وعلى هذا فيكفي في دليلها ان يقال وطي احداهما دليل استبقائها كالوطي في الطلاق المبهم وفي وجه قوله منع دلالته والفرق لما ذكرنا ولا حاجة الى اثبات الملك فيهما وحل وطيهما ثم القول بانه لا يفتى به لترك الاحتياط فالحق انه لا يحل وطيهما كما لا يصح بيعهما وقد وضع في الاصول مسئلة تجوز ان يحرم احد اشياء كما يجوز ايجاب احد اشياء كما في خصال الكفارة وحكم تحريم احد اشياء جواز فعلها الا واحدا الا انه لو عمها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولم يعلم خلاف في ذلك وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطي لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطي وهنا كذلك فان موجب اللفظ وهو عتق احداهما لا بعينها فصار في وطيهما وطي المحرمة بيقين فلا يحل قطعا وان كان الملك قائما فيهما بخلاف اخذه ارش الجناية عليهما لانه بدل الملك غير مقيد بحل الوطي وعن هذا قيمة مملوكتين كذلك ايضا وانما وجبت نصف قيمة ودية لكل منهما اذا قتلهما رجل لصحة اثباته بدون التعيين وانما تنصف لان احدهما حرة بيقين ولا تعرف فتنصف في الضمان ثم ما هو قيمته للمولى وما هو دية للورثة بخلاف ما لو قتلهما رجلان فان على كل منهما قيمة امة اذ ليست نصف كل منهما حرة في نفس الامر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير يقين بالضمان عليهم بخلاف قتل واحد فان الحرة لا تعدو من تحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما وقولهم ووقوع الطلاق فيما يتعلق بالبيان فجاز وطيهما غير صحيح اذ لا تعليق بل منجز مامور في الشرع بتعيين محله ولو كان يمينا محضا لم يجبر على الايقاع بشرطه كسائر الايمان وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرف انه شبيه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شبها لا يوجب حقيقة احكامه من حل الوطي قبل الشرط فيهما وابو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تعليله الملك فيهما حل وطي احدهما **فروع** من البيان قال لامتيه احداكما حرة ثم قال لم اعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم اعن هذه الاخرى عتقتا الاولى فتعتقان لان قوله لم اعن هذه اقرار بعتق الاخرى وقد اقر بعتقهما وكذا هذا في الطلاق بخلاف ما لو قال لاحد هذين علي الف فقيل له اهو هذا فقال لا لم يجب للآخر شيء فالفرق ان البيان في الاقرار المبهم ليس واجبا بخلافه في انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال امة وعبد من رقيقي حران ومات قبل البيان فان كان له امة وعبد ان عتقت الامة ومن كل عبد نصفه وان كانوا ثلثة عتق من كل ثلثه وتسعون في الباقي ولو تعددت الاماء فعلى هذا القياس ان كانتا امتين عتق من كل نصفها او ثلاثا عتق من كل ثلثها وتسعى في الباقي والله سبحانه وتعالى اعلم

قوله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام وتسعى في قيمته لنفسها ونصف الجارية وتسعى في النصف والغلام عبد لان كل واحدة من الام

... ان الغلام هو المولود اولا ... والجارية صغيرة والقول قوله مع اليمين بالله ما يعلم ... فان حلف لم يعتق واحد منهم

وان حلف عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع

والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية

والجارية تعتق في حال دون حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا فتعتق الام لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعا للام في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهي ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فاذا اعتقتا في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد في الحالين لانه ولد وامه رقيقة فانها انما تعتق بعد ولادتها اياه اولا لان ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد رح في الكيسانيات في هذه المسئلة انه لا يحكم بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتقه فاعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك فعن هذا حكم الطحاوي بان محمدا كان اولا مع ابي حنيفة وابي يوسف ثم رجع وفي النهاية عن المبسوط ان هذا الجواب ليس بجواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله بالعلم انها ولدت الجارية اولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف فكلهم ارقاء الغلام

واما موضع جواب هذا الفصل انما هو فيما اذا قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما ولا يدرى الاول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام ولا اشكال ان هذا ليس جواب الكتاب لان في هذه الصورة تعتق جميع الجارية على كل حال لانها ان ولدت الجارية اولا عتقت بالشرط وان ولدت الغلام اولا عتقت تبعا للام واما انتصاف عتق الام فلانها تعتق بولادة الغلام اولا وترق في الجارية وجوابا لكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصحح في النهاية ما في الكيسانيات لان الشرط الذي لم يتيقن وجوده اذا كان في طرف واحد كان القول قول من انكر وجوده كما اذا قال ان دخلت غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا للشك في شرط العتق وكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرفي الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فيحتاج الى اعتبار الاحوال فان قلت المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع قلنا هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الامة وبنتها لوجود الشرط وقد عرف ان الامة لو انكرت العتق وشهد به تقبل فعلى هذا جاز ان يدعي رجل حسبة اذا لم يكن بينة ليحلف لرجاء نكوله هذا ولكن المذكور في المبسوط تعليله صريح بان الام تدعي العتق والمولى ينكر فالقول للمنكر مع يمينه وافاد ان ذلك في صورة دعوى الام وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب واعلم ان ما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقته ابطال قول ابي حنيفة وابي يوسف مع انه لم ترو عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب واستدلالا بان الشرط الكائن في طرف واحد الخ قد ينظر فيه بان ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا قيد في المبسوط حيث قال اذا قال ان فعلت كذا فانت حر وذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلوة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق الا ببينة بخلاف قوله ان كنت تحبيني الخ فيمكن ان تكون الولادة من الامور التي ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الاحوال فيعتق نصف الام كما في الجامع **قوله** وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين بالله ما يعلم ان الغلام ولد اولا لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية معا لان دعوى الام حرية الصغيرة تثبت في ضمن دعواها حرية نفسها لانها نفع

ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على البتّ فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى **قال** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على ان يطلق احداهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق

تختص مع ثبوت ولايتها عليهما في الجملة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبرناه له في حق حريتها فعتقتا فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا من الحرية لنفسها وباقي المسئلة بحالها يعني ولدتهما فادعت الام تقدم الغلام وانكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الام خاصة بنكوله لان دعوى الام حريتها غير معتبرة في الجارية الكبيرة لان الدعوى عن الغير انما تصح لولاية او انابة وهما منتفيان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الام حريته لنفسها دعواها حرية البنت فان قيل اذا ثبت عتق الام ينبغي ان يثبت حرية بنتها لانه لازمه فلازمت الحجة بها اقرار بحرية الاخرى اجيب بمنع كون عتق الام بالنكول عتقها لوجود الشرط بجواز كونه بدلا لماليتها من المولى لترك التحلف او اقرار بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت وبان النكول جعل اقرارا على قولهما بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره انا كفيل بكل ما تقربه فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل يقضى عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلا ولو كان اقرارا من كل وجه صار كفيلا **قوله** ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة والباقي بحاله يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا من ان دعوى الام حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبتني على صحة الدعوى **قوله** وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية وهي ما اذا اتفقوا على ان ولادة الغلام اولا او اتفقوا على ان ولادة الجارية اولا فلا يعتق احد في الثاني ويعتق كل الام والجارية في الاول وبهما تتم الاوجه الستة **فروع** في المحيط لو قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الاول عتق نصف الام ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين اما الام فلانها تعتق في حال دون حال وهو رواية وفي عامة الروايات يجب ان يعتق ثلثها لانها تعتق في حال وترق في حالين بان كانت ولادة احدى الجاريتين اولا واما الغلام فانه يعتق في حال بان ولدت احدى الجاريتين اولا ويرق في حال بان ولدت الغلام اولا واما الجاريتان فيعتق من كل ربعها في عامة الروايات لان اصابة الحرية بجهتين متعذر لان الشخص اذا اعتق تبعا للام لا يعتق وان يعتق بعتق نفسه واذا اعتق بعتق نفسه لا يعتق تبعا للام فلا بد من الغاء احدى الجهتين والغينا اصابة العتق من جهة الام واعتبرنا الاصابة بعتق نفسها لانها اقل وهو المتيقن فان كانت ولادة الغلام اولا لا يعتقان بعتق نفسهما وان كانت ولادة الجارية ولا يعتق الاخيرة بعتق نفسها فتثبت لها حرية في حال دون حال فيثبت نصف بينهما وقال ابو عصمة ينبغي ان يعتق من كل ثلثه اربابها لان الغلام لو كان اولا تعتق الام فتعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين ولا ثم الغلام عتقت الجارية الاولى والاخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الائمة قول ابي عصمة وقال هو الذي يوافق ما تقدم **قوله** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق اي عتاق الاصل بان شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا بتدبير احدهما مطلقا في صحته او مرضه لان التدبير حيث وقع كان وصية وعندهما تقبل ويؤمر بتعيين المعتق احدهما وهو قول الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله **قوله** واصل هذا اي اصل هذا الخلاف لان الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند ابي حنيفة من غير دعوى العبد مطلقا لا في حرية الاصل ولا في

والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة واما عدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها

الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين ان الدعوى عنده ليست بشرط في حرية الاصل بل في العارضة فقط بخلافه على عتق الامة فانها تقبل بلا دعوى بالاتفاق وعندهما تقبل بلا دعوى والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان انكرت الامة العتق ولا يلتفت الى انكارها وتحقق لانها متهمة لانها متهمة ولذلك على طلاق النساء مقبولة من غير دعوى الاتفاق وان انكرت ويجب على ان يوقع على احداهن **قوله** والمسئلة معروفة وجه قولهما ان المشهود به وهو العتق حق الشرع اذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكوة ويصح نذره وحلفه به ولهذا لا يحتاج الى قبوله لا يرتد اقرار السيد بحرية العبد برد العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو اقر بالرق ثم ادعى حرية الاصل واقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى شرطا لمنع لان التناقض يبطل صحة الدعوى وانما لا يكفي شهادة الواحد لانه وان كان امرا دينيا يتضمن ازالة ملك العبد وابطال ماليته فلذا اشترط في الشهادة عليه اثنان ولابي حنيفة رح ان العتق اما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته او هو نفسها وكلا الامرين حق العبد لانه المنتفع به على الخصوص ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة ولا ثبوت للازم الا بعد الملزوم واذا كان المستلزم حقه لا يثبت الا بدعواه ولا يخفى انه يرد على هذا عتق الامة لانه يقال حرمة فرجها التي هي حقه تعالى يثبت بعد ثبوت حقها من العتق فوجب ان يشترط دعواها فان قيل الفرق انها متهمة لرغبتها في صحبة مولاها حتى نقول لو كان العبد ايضا متهما قبلت بلا دعواه وذلك بان لزمه حد قذف او قصاص في طرف حتى لو انكر العتق ولا يلتفت الى انكاره قلنا لفرض الكلام فيما اذا لم تنكره ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ثم قد يمنع تاثير كون الثابت بالعتق اولا هو حق العبد مستلزما لحق الله تعالى في اشتراط الدعوى لانه اذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت اولا او ثانيا فان حاصل التقدير بهذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى اما حقه سبحانه فما ذكرتم واما حق العبد فانه يصير به مالكا لاكسابه فيتمكن من اقامة مصالحه وتثبت ولايته من نفاذ قوله في الشهادة وانكاح بنته وحصول ميراث له اذا مات قريبه فهو بما فيه من حق العبد يحتاج الى الدعوى ان لم تحتج الى دعوى بما فيه من حق الله تعالى على ان الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصا الا يرى ان العفو عن القصاص وابراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول وكذا التناقض فان عدم منعه لخفاء رق الاصل وحريته كما في دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلانه لما اجتمع على العتق الحقان فلحق الله تعالى قلنا لا يمنع التناقض في حرية الاصل ولا في الحرية العارضة ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين ورد عليه ايضا عتق الامة فان فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد ولا يمنع التناقض لحق الله سبحانه وايضا اذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج الى الدعوى لا يلزم ثبوتها لانه بما فيه من حق الله يعارضه لان الثابت معه عدم الاحتياج الى الدعوى وانهما يتعارضان لانه اذا وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضي ان لا يثبت بل الحق ان المنظور اليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما فترجح الاثبات شرعا الاحتياط في امره وتوكيده وامر الفروج محتاط فيه فالاحتياط ان لا يتوقف اثباته بعد الشهادة على شيء آخر بخلاف ما لم يثبت فيه مثله فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الامة

وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لا يتحقق في مسألة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللاً في الشهادة لأنها ليست بشرط فيها ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وإن لم يكن الدعوى شرطاً فيه لأنه إنما لا يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين هذا كله إذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحساناً لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث ولأن العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً

والطلاق وبين عتق العبد لأن حق سبحانه الثابت هو حرمة الاسترقاق انتفى الدعوى ليس من التأكيد بحيث يجب أن يثبت بلا دعوى وهما يقولان جميع حقوق الله تعالى يجب أن تثبت بلا دعوى لأنه تعالى بلا خصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتتضمن شهادته دعواه وأما حق العبد فإن افتقر ثبوته إلى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائباً عنه وهذا القدر يحصل به المقصود فإن المثبت في الحقيقة ليس إلا الشهادة وإنما يبقى فيه ما لو أنكر العبد العتق ولا تهمة فيجب الترجيح وترجح حقه تعالى ولا يقال المقرر ترجيح حق العبد لأنا نقول ذلك عند التعارض بأن كان ثبوت أحدهما ينتفي معه الآخر وهنا ثبت حق العبد مع حق الله تعالى بل إذا أثبتنا حق الله تعالى كان إثباتاً لحق العبد سابقاً عليه إنما فيه أنه ثبت على زعمه **قوله** وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لا يتحقق في مسألة الكتاب أي الجامع الصغير وهي ما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه لأنه عتق المجهول والدعوى من المجهول لا يتحقق وإنما تتحقق في المعين فتنتفي المطابقة بين الدعوى والبينة وعندهما ليس شرطاً مطلقاً فتقبل ويجبر على تعيين أحدهما **قوله** ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه الخ جواب عما قد يقال إذا كان الدعوى ليس بشرط عنده في الشهادة على عتق الأمة فينبغي أن تقبل على عتق إحدى أمتيه والواقع أنها لا تقبل عنده أجاب بأنه إنما لم تشترط الدعوى في الشهادة على عتق الأمة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصاً فشابه الطلاق وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى كذلك وكذا هذا والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه تماماً في المستغرقة فيه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين فإن قيل لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الأمة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الأمة المجوسية والتي هي أخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي لأن الشهادة هنا لك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته في الأوليين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها فالجواب أنه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم فإن وطء الأخت من الرضاع المملوكة ليس بزنا حتى لا يحد به ولو وطئها قبل عتقها وبعده يلزمه والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فأثبت تحريماً مؤجلاً بانقضاء العدة وأما الأمة المجوسية فينبغي أن تشترط الدعوى عنده وما قيل إن وطئها مملوك له وإنما منع منه خبثها كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك والوطء فيه ما فيه **قوله** هذا كله إذا شهدا

بعتق أحد العبدين في صحته أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه ليكون شهادتهما العتق هو وصية وهو المستثنى في أول المسألة وقد منا أن التدبير حيث ما وقع يكون وصية معتبراً من الثلث ولو في حال الصحة وسواء كان شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته أو بعد وفاته يقبل استحساناً لأن عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى وإذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصي لأن تنفيذ الوصية من حقوق الموصي فهو الخصم المدعي فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصي أو الوارث بخلاف حالة الحياة فإن الخصم في إثبات العتق ليس هو السيد لإنكاره بل هو العبد وهو مجهول ووجه آخر للاستحسان هو أن الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الوصي كان كل من العبدين وهما معينان وفي حالة الحياة لا يتصح خصومتهما لأنه لم يعتق منهما شيء بالعتق المبهم بخلاف ما إذا مات المولى قبل البيان فإن العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن أعتق أحد عبديه فمات قبل البيان فيكون كل منهما خصماً معلوماً ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا يقام البينة إلا على منكر بغرض من بعض الشارحين أن تكون الورثة منكرين وذلك فيه أن يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث يعني الوصي إن كان الورثة منكرين أو الورثة إن كان الوصي منكراً فقيل فيشكل ما لو كان كل من الوصي والوارث منكراً فلا تبطل البينة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفاً ولا مخلص إلا باعتبار جعل الميت مدعياً تقديراً وأيضاً قوله وأداء الشهادة في مرض موته إلى آخره يفيد أنها تقبل في حياته والتزمت عليه أن قبولها بعد موته باعتبار أنه وصية لاعتباره مدعياً وعدم قبولها قبل موته لأن المدعي العبدان وهما غير من أثبتت فيه العتق أعني المبهم والحاصل أن انتزاله مدعياً لا يكون إلا بعد موته وأما قبل موته فهو منكر ولهذا احتيج إلى الشهادة وردت

ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع

لعدم المدعي ولا لخصم لا تتقيد به اذا كان المريض قد اصمت حال اداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب ان يؤخر القضاء بهذه الشهادة الى ان يموت فيقضي بها ولا يحتاج الى اعادتها او يعيش فينطلق لسانه فيفسر ولعدم الخصم المدعي **قوله** ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر لا رواية فيه عن ابي حنيفة واختلف المشايخ في تخريجها على قوله فقيل لا تقبل لانه ليس بوصية لاسنادهما العتق المنجز الى حالة الصحة فلم يكن الميت مدعيا تقديرا وقيل تقبل لان العتق شاع بعد الموت فيصح دعواهما لما ذكرنا وصحح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال لجواز ان يكون الحكم معلولا بعلتين فيتعدى باحداهما تبعه صاحب الكافي قال هو الاصح ولقائل ان يقول شيوع العتق الذي هو مبنى صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله احدكما حر ولا مثبت له الا الشهادة وصحتها متوقف على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة فلو اثبت الشهادة بصحة خصومتهما وهي متوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعا لزم الدور واذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسألة التي قبل هذه **فرع** شهدا انه حرر امته بعينها فسماها فنسيا اسمها لا تقبل لانهما لم يشهدا بما تحملا وهو عتق معلومة بل مجهولة وكذا الشهادة على طلاق احدى زوجتيه سماها فنسياها وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب ان يكون قولهما كقول زفر في هذه لانها كشهادتهما على عتق احدى امتيه وطلاق احدى زوجتيه ولو شهدا انه اعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما الا سالما وله عبد واحد اسمه سالم عتق لانه كان معينا لما اوجبه وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما ان القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد كما لو شهدوا ببيعه ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما في قول ابي حنيفة لانه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ولا تحقق ههنا من المشهود له لانه غير معين منهما فصارت كمسألة الكتاب الخلافية وهذا فصل في الشهادة على العتق اذا ادعى العبد العتق واقام شاهدا لا يحال بينه وبين المولى وفي الامة اذا قالت شاهدي الاخر حاضر يحال ولو اقام العبد شاهدين ان كان المولى مخوفا على العبد حيل بينهما حتى ينظر في امر الشهود لان الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضي بشهادتهما نفذت فتثبت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا اقام شاهدا واحدا شهد بعتق عبده واختلفا في الوقت والمكان او اللفظ او اللغة او شهد احدهما انه اعتقه والاخر انه اقر انه اعتقه فالشهادة جائزة لان العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به باختلافهما فيما ذكرنا بخلاف ما لو شهد احدهما انه اعتقه والاخر انه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وضعا لان الهبة تمليك والاعتاق احداث القوة وازالة الملك كذا في المبسوط فيحمل ما ذكر قبله من ان اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما اذا كان مؤدى اللفظين واحدا وضعا ولا يخفى ان التعليل الذي علل به قبولها عند الاختلاف لفظا من ان العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضي انهما اذا اختلفا في انه اعتقه او وهبه لنفسه انه يقبل ولو اختلفا في الشرط الذي اعتق به العتق فاحدهما جعله كلام زيد والاخر الدخول مثلا لم تجز اذ لا يتمكن القاضي من القضاء باحد من الشرطين ولو اتفقا على انه الدخول مثلا وقال المولى بل كلام فلان فايهما فعل فهو حر لثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى ولو شهد احدهما انه اعتقه بجعل والاخر بغير جعل لم تجز لان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الاحكام وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى ينكر الجعل سواء ادعى العبد اقل المالين او اكثرهما ولو كان المولى يدعي اقل المالين والعبد ينكر عتق لاقرار المولى بحريته ولا شيء عليه لاكذابه احد شاهديه وهو الذي يشهد له بالاكثر فان ادعى العتق بالف وخمسمائة قضي عليه بالف لان الشهادة لا تقوم هنا على العتق لان العبد عتق باقرار المولى فانما تقوم على المال ومن ادعى الفا وخمسمائة وشهد له شاهد بالف والاخر بالف وخمسمائة يقضى بالف لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى بخلاف الالف والالفين كما سياتي في الشهادات ان شاء الله تعالى ولو شهدا انه اعتقه ان كلم زيدا او الاخر ان دخل فايهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ
تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوض عنه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا

بحجة تامة ولو تعارضت بينة العبد والمولى في مقدار ما اعتقه رجحت بينة المولى لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو اقام العبد البينة على انه قال ان اديت
الى الفا فانت حر وانه اداها واقام المولى انه انما قال فاذا اديت الى الفين الى اخره فالعبد حر ولا شئ عليه لانه اثبت ببينته تنجيز الحرية فيه ولو اقام العبد بينة
انه باعه نفسه بالف واقام المولى انه باعه نفسه بالفين كانت البينة بينة المولى لان العتق تنجز بالقبول فكان اثبات الزيادة في بينة المولى قال في الاصل
ولو باعه نفسه بالف فاداها من مال المولى كان حرا وللمولى ان يرجع عليه بمثلها قال في المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا باداء المال وانما يتحقق هذا الفصل
فيما اذا علقه بالاداء لان نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المودى مسروقا او مغصوبا من المولى ثم رد هذا المال على المولى كان مستحقا
عليه فيقع من الوجه المستحق في الحكم ويكون له ان يرجع عليه بمثله واذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لانهما لا يصدقان في ابطال الحكم
ولا في ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمته لانهما اتلفا مالية على المولى اذ قد اقر بالرجوع انهما اتلفا مالية على المولى بغير حق ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم
بان المولى كان اعتقه ان شهدوا انه اعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق
وان شهدوا انه اعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا ان عندهما
الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فتثبت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا به وان لم يكن ثمة مدع لذلك وتبين به
ان الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيئا بشهادتهم وانه اخذ منهم بغير حق وعنده لا تقبل بلا دعوى لا مدعي لما شهد به الفريق الثاني فان العبد حكم بحريته فلا
يمكنه ان يدعي العتق والله تعالى اعلم

باب الحلف بالعتق الحلف بالكسر مصدر حلف سماعي وله مصدر آخر اعني حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا وتدخله التاء للمرة كقول الفرزدق
على حلفة لا اشتم الدهر مسلما ولا خارجا من في زور كلام وقال امرؤ القيس حلفت لها بالله حلفة فاجر لناموا فما ان من حديث ولا صال والمراد بالحلف بالعتق
تعليقه بشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية عن المنجز قدمه عليه ولما جرى لمعنى على ان يوالي التصرف الذي يصح تعليقه الحلف به كما فعل في الطلاق فلم يقدم
الكل الى كتاب الايمان ليكون ضبطا لاحكام التصرف الواحد حيث يجمع في بابه فلا تتفرق احكامه في الابواب ولي العتق الحلف به اعلم ان بعض من لا خبرة له بتعليق
الطلاق بالملك قبل الملك جائزة في العتق روى ذلك عن احمد للفرق بان الشارع متشوق الى العتق دون الطلاق وعندنا الصحيح مطرد فيهما قوله
ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق اي ذلك المملوك الذي اشتراه ولما كان عتق غير المملوك
لا يكون بكلام قبل الملك الا ان يكون اضافة الى الملك قرره ليرده اليه بقوله لان التنوين في يومئذ عوض عن الجملة المضاف اليها لفظا اذ تقديره
اذ دخلت ولفظ يوم ظرف المملوك فكان التقدير كل من يكون في ملكي يوم الدخول حر وهذا في الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الى يوم الدخول
والمملوك لا يكون الا بملك فصار كانه قال ان ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاؤه الدخول فكان اضافة العتق
الى الملك الموجود عند الدخول يعني بخلاف قوله لعبد غيره ان دخلت فانت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق الى ملك لا صريحا ولا معنى وعادل المصنف
الى لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول ليفيد ان لفظ اليوم مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لانه اضيف الى فعل لا يمتد
وهو الدخول وان كان في اللفظ انما اضيف الى لفظ اذ المضاف الى الدخول لكن معنى اذ غير ملاحظ والا كان المراد يوم وقت الدخول وهو وان كان يمكن حمله على معنى
يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييد اليوم به لكن اذا اريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا من الاستعمال الفصيح في نحو يومئذ يفرح

ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق ومعنى المسألة اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا نظرا الى ان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال العبد الضعيف فائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي حر يدخل الحمل فيه حتى يعتق الحمل تبعا لها وان قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا ولكن اريد به الحال لكن يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة سين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين

المؤمنون فانه لا يلاحظ فيه وقت. يغلبون يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون له ونظائره كثيرة في كتاب الله وغيره فعرف ان لفظ اذ المزيد كالتنوين للعوض عن الجملة المحذوفة او عماد له اعني التنوين ولكنه حرف زائد واحدا ما كنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ومثله كثير في اقوال اهل العربية في بعض الالفاظ لا يخفى على من له نظر فيها وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقي في ملكه حتى دخل يعتق لما قلنا وفي بعض النسخ لما بينا اي من ان المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم **قوله** ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ بل قال اذا دخلت فكل مملوك لي حر لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم بل الذي كان في ملكه وقت التكلم ووجهه المصنف بقوله لان قوله كل مملوك لي يختص بالحال لان الجزاء حرية المملوك في الحال يتعلق في الحال بمملوك اي المملوك في الحال فكان حرية هي الجزاء فلما دخل الشرط عليه تأخرت الى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك لي حالا ان المختار في الوصف من اسم الفاعل والمفعول ان معناه قائم حال التكلم بمن نسب اليه على وجه قيامه به او وقوعه عليه واللام للاختصاص اي الاختصاص من حيث معنى متعلقها اليه اي معنى المتعلق والعامل مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية الحالية هي اثر ملكه فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه باثره في الحال والا ثبت الاثر بلا مؤثر وهذا ويعتق بقول القائل كل مملوك لي حر العبيد ولو مرهونا او ماذونا او موجرا والاماء وان لم ينو الرجال وامهات الاولاد والمدبرون واولادهم ولا يدخل المكاتب الا ان ينويه لانه مملوك من وجه فهو حر يدا ولو نوى الذكور فقط لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر في عرف الاستعمال ويصدق ديانة مع انه تعالى نفسه لا المملوكين على جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل المملوك المشترك الا ان يعنيهم ولا عبيد عبده التاجر وهو قول ابي يوسف الا ان ينويهم سواء على العبد التاجر دين او لا وقال محمد رحمه الله يعتقون نواهم او لا عليه دين او لا وفي قول ابي حنيفة رحمه الله ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم ولو قال عنيت ما استقبل عتق ما كان في ملكه وما يملكه اذا ملكه لانه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم يعتبر نيته في ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما استقبل لان التعليل يرشد الى ان عتق ما هو في ملكه مع هذه النية انما هو في القضاء وفي الذخيرة قال مماليكي كلهم احرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لي حر ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى فان قلت ما الفرق وفي الوجهين تخصيص العام فالجواب ان كلهم تاكيد للعام قبله وهو مماليكي لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لي فانه الثابت به اصل العموم فقط فيقبل التخصيص **قوله** ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق سواء ولدته لستة اشهر من وقت القول او اقل اما اذا ولدته لستة اشهر فلان اللفظ اي لفظ كل مملوك لي للحال على ما بينا من وجهه وفي قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده فجاز ان لا يكون قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ولم نقل لا يعتق بالشك لانه لا شك لان الظاهر ان مدة الحمل لا يكون الا اكثر من ستة اشهر واما اذا ولدته لاقل من ستة اشهر فلان المتيقن بوجوده حال التكلم وان كان قائما لكن لفظ المملوك المطلق انما ينصرف الى المملوك بالاصالة والاستقلال والحمل مملوك تبعا لامه كعضو من اعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى بقية العضو ولهذا لا يملك بيعه منفردا بل تبعا للحامل والدليل على انه لا يعتبر في الشرع نفسا مملوكة انه لا يجزي عن الكفارة ولا تجب عليه فطرة قال المصنف وفائدة التقييد بالذكورة انه لو قال كل مملوك لي ولم يقيد بذكر دخل الانثى فيعتق الحامل فيعتق حملها تبعا وهذا بناء على ان لفظة مملوك ما للذات المتصفة بالمملوكية وفيه التذكير ليس جزء المفهوم اذ كان لتانيث مفهوم مملوكة فيكون مملوك اعم من مملوكة لتانيثه عدم اللام على التانيث لا الدلالة على عدم التانيث ثم ان الاستعمال استمر فيه على الاعمية فوجب اعتباره كذلك **قوله** وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد يعني اليوم الثالث ظرف لحر لا لاملكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك في الصورتين فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف دون المشتري لفظ بعد غد بالرفع لانه فاعل جاء لا ظرف ووجهه ان كل مملوك املكه انه للحال وكذا لفظ املك للحال حقيقة يقال انا املك كذا فيتبادر منه الحال والتبادر دليل الحقيقة ولذا يستعمل فيه من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كاسناده الى متوقع واقتضائه طلبا على ما عرف في النحو وهذا احد المذاهب لاهل العربية وقيل بقلبه وعليه مشى في المحيط حيث قال الملك وان

ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف رح في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز

وان كان حقيقة في الاستقبال الا انه صار للحال شرعا كما في الشهادة وعرفا يقال املك كذا درهما فكان كالحقيقة في الحال والمذهب الثالث انه مشترك للحال والاستقبال وهو الذي اورده بعض الشارحين على كلام المص ظنا ان مذهب النحاة ليس الا انه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه واعجب منه جواب من رام دفعه عن المص بان قول المص انه للحال لا يدل على انه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك حقيقة في المعنيين انتهى فترك النظر الى قول المص ولذا يستعمل له بغير قرينة وفي الاستقبال بقرينة وهذا صريح في انه في الاستقبال مجاز لانه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا ان الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلثة وما اختاره المص مذهب المحققين منهم كابي علي الفارسي وغيره فاستدل عليه بما ذكر المص من انه لا يراد الاستقبال الا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال واما اختيار عكسه كما في المحيط فورد عليه ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عند ابي حنيفة فكان ينبغي ان يكون الجواب عنده على خلاف المذكور واما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به ان تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة اي المعينة لاحد المفهومين الحقيقيين بخلاف نحو اسافر واتزوج فانه محفوف بقرينة الاستقبال وهي المشاهدة واذا ثبت انه يراد به الحال على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال **قوله** ولو قال كل مملوك املكه او كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذي كان عنده مدبر مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول والذي اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث ان خرجا منه عتق جميع كل منهما وان ضاق عنهما ليضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن ابي يوسف في النوادر انه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه وانما يعتق ما كان في ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر وهذا لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من ان المضارع للحال وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الآخر وبهذا الوجه طعن عيسى بن ابان في جواب المسئلة واوجب المروي عن ابي يوسف وايضا لو لم يرد به الحال فقط فاما ان يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم اما تعميم المشترك او استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال والمستحدث عند ملكه لانه ح في المعنى كل مملوك لي او سا ملكه مدبرا وكذا ان اريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب اليه محمد رح فيمن قال كل مملوك املكه غدا فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غدا ممن كان مملوكا له حال التكلم او ملكه الى غد خلافا لابي يوسف فان على قوله لا يتناول الا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيرا مطلقا على قول محمد كما لو قال كل من كان في ملكي عند الموت مدبر وهو منتف او يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك املكه الى ستة اشهر او الى ان اموت او ابدا الزم ان لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الاقسام فتعين الاول وهو ان يعتق الكائن في ملكه وقت التكلم فقط ولازمه ما ذكرنا وعرف من هذا ان صور التراكيب ثلثة اقسام ما يتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك املكه او كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقا وهو كل مملوك املكه الى ستة ونحوه وما فيه خلاف فيها وهو نحو كل مملوك املكه غدا ففي قول محمد رح يعتق في الغد ما كان في ملكه والمستحدث خلافا لابي يوسف وقول محمد اقيس بمسئلة يومئذ بتعليل تامل **قوله** ولهما ان هذا اي مجموع التركيب لا لفظ املكه فقط كما في بعض الشروح

ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

ايجاب عتق وايصاء لان حاصل التدبير انه ايجاب للعتق مضافا الى ما بعد الموت وهذا هو الايصاء به فوجب ان يعمل بمقتضى كل من الايجاب والايصاء الذين هما معنى التدبير ومقتضى ايجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف الى الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة اي الحابسة لما فيها اذ الرهن الحبس وزمن الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة ايضا للاتفاق على انه لو اوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو اوصى لولد فلان ولا ولد له فولد له بعد ذلك اولاد دخلوا واستحقوا الموصى به وانما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالين تحصيلا لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كانه قال عند الموت كل عبد لي حر فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومنه ما ملكه بعد قوله الصريح بخلاف قوله كل عبد املكه غدا فهو حر ليس فيه الا جهة واحدة هي جهة الايجاب فلا يدخل الا الحاصل في الحال ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في معنييه اعني لفظ املك وهو ممنوع عندنا اورده المصنف واجاب بان الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين وانت تعلم ان هذا قول العراقيين غير مرضي في الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين وقد يمكن ان يقال ان لفظه اوجب تقدير لفظ اذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قول كل عبد لي حر فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب وابة للاصحاب وهذا الموجب لا يحتاج الى تقديم تقديره عند ملك العبد والا كان مدبرا مطلقا فانما يحتاج اليه عند موته من قوله فصلا يتعلق بعبارته عند ملكه لا الصريحة لانها لم تتناول الا الحال ولا المقدرة لتاخير تقديرها الى ما قبل الموت فلا يكون مدبرا مطلقا ولا مقيدا كان دافعا للاشكال **فروع** من تعليق العتق قال لعبده ان بعتك فانت حر فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعلق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا ان يكون البيع بشرط فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا يزول الا بتسليمه الا ان يكون المشتري يسمه قبل البيع فح يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا في المبسوط وحقيقة الوجه ان يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما معا يتعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرير زواله ولو قال لعبده ان دخلت فانت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول في غير الملك اذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعي رح لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط اذا كان مجموع امرين كان الشرط وجود الملك عند اخرهما وبينا مثله في الطلاق ولو دخل احدهما قبل البيع والاخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع امرين اعتراض الشرط فلو قال اذا دخلت فانت حر اذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير انه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كانه قال له عند الدخول الكائن في غير ملكه انت حر اذا كلمت فلانا كان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا ينعقد في غير ملكه فكلامه غير موقع ولو قال ان دخلت فانت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لانه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح الا في الملك او مضافا اليه واذا لم يصح التدبير

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان تقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى يصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف

المبيع بموته ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما ينزل المعلق والمعلق كان عتق النصف والعتق يتجزى عند ابي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء لان المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه ولو جمع بين عبده وما لا يقع فيه العتق من بهيمة او حجر او حمار وقال احدكما حر قال هذا وهذا اعتق عبده عند ابي حنيفة وان لم ينوه وقالا لا يعتق الا ان ينويه ومثله واصله مر في الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد انه اذا جمع بين عبده واسطوانة وقال احدكما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية للجزم ولو قال هذا حر او هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب انما كقوله هذا حر او لا وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال ان خلت دار فلان فانت حر فشهد فلان وامرأته قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمته فشهد هو وامرأته كلمه لم يعتق لان فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان انه كلمه ابوهما فان جحد الاب جازت شهادتهما لانها على ابيهما بالكلام وعلى انفسهما لوجود الشرط وان ادعاه ابوهما فعند ابي يوسف هي باطلة وعند محمد جائزة لانه لا منفعة للمشهود به لابيهما ومحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وابو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والانكار لان الشهادة تهما يظهران صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح والله اعلم بالصواب

باب العتق على جعل اخر هذا الباب على ابواب العتق منجزها ومعلقها كما اخر الخلع في الطلاق لان المال في هذين البابين من الاسقاط غير اصل بل الاصل عدمه فاخره بالبيس باصل عما هو اصل والجعل ما يجعل للانسان على شيء يفعله وكذا الجعلية ويقال الجعالة ضبطهما بالكسر في الصحاح وفي غيره من غريب الحديث للمهني وديوان الادب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان **قوله** ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا او على الف تؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف او بعتك نفسك بالف او وهبتها على ان تعوضني الفا فانه يعتق اذا قبل وانما يعتق بمجرد قبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه وهو موجب للولاء لانه بعوض وبلا عوض لانه معاوضة ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع وكما اذا طلقها على مال فقبلت وهذا لان المولى ثبت ملكه في العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والا اجتمع العوضان في ملكه حكما للمعاوضة وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلسه ذلك ان كان حاضرا وان كان غائبا اعتبر مجلس علمه فان قبل عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية وان رده او اعرض اما بالقيام او باشتغاله بعمل آخر بطل وليس له ان يقبل بعده واذا صار دينا عليه صحت الكفالة به عليه ما ذكر في الاصل اعتق امته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيئا فليس على الولد من ذلك المال شيء لانه ليس على الوارث في دين المورث شيء ولو كانت اعطته في حياتها كفيلا بالمال الذي اعتقها عليه جاز لانها حرة مديونة بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لانه دين ثبت مع المنافي لثبوته بالشرع لضرورة حصول العتق للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى الى الكفيل والمنافي هو الرق فانه ينفي ان يكون للمولى على مرقوقه دين ولان الكفالة انما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المديون عنه الا بالاداء او ابراء من له وبدل الكتابة يسقط بدونهما

واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة

قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الى الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح فى تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة فى الانتهاء على ما نبينه ان شاء الله تعالى وانما صار ماذونا لانه رغبه فى الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة

بان يجز نفسه وكما تصح الكفالة به جاز ان يستدل به ما شاء يدا بيد لانه دين لا يستحق قبضه فى المجلس فيجوز ان يستبدل به كالاثمان ولا خير فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام **قوله** واطلاق لفظ المال اى فى قوله على مال ينتظم انواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وان كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كمائة قفيز حنطة وان لم يقل جيدة او صعيدية وكفرس او حمار او عبد لان الجهالة يسيرة فتتحمل لانه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح وعلل المص كونه معاوضة مال بما ليس بمال بان العبد لا يملك نفسه يعنى الحاصل له فى مقابلة المال ليس مالا لان نفسه بالنسبة اليه ليس مالا لانه يبقى على اصل الحرية بالنسبة الى نفسه حتى صح اقراره بالحدود من دم وان تاخر عنه الى الحرية وكذا الخلع والصلح عن دم العمد فيها يتضمن ذلك كما تقدم ويلزمه الوسط فى تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروى ولو اتاه بالقيمة اجبر المولى على القبول كما فى المشهور وهو مذهب مالك واحمد ولو لم يسم الجنس بان قال على ثوب او حيوان او دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه ولو ادى اليه العبد او العرض فاستحق ان كان بغير عينه فى العقد فعلى العبد مثله وقد علمت ان القيمة فى مثله مخلص وان كان معينا بان قال اعتقتك على هذا العبد او الثوب او بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف اذا هلك قبل التسليم واذا كان الحكم انه لو اشترى شيئا بعبد الغير صح البيع فكذا هنا الا ان فى البيع اذا لم يجز مالك العبد ينفسخ العقد وهنا لا ينفسخ بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا فى المال جنسه او مقداره بان قال المولى اعتقتك على عبد وقال العبد على كر حنطة او على الف وقال العبد على خمسمائة فالقول للعبد مع يمينه وكذا لو انكر اصل المال كان القول له لانه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول فى بيانه قوله والبينة بينة المولى اما لاثبات الزيادة او لانه يثبت حق نفسه ببينته ولو كان هذا الاختلاف فى مسئلة التعليق بالاداء وهى التى تلى هذه المسئلة اعنى قوله ان اديت الى الفا فانت حر فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله فى بيانه بخلاف ما قبلها فان العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما فى الدين الواجب عليه اما هنا فلا يعتق الا بالاداء وانما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى وان اقاما البينة فالبينة بينة العبد اذ لا منافاة بين البينتين لانه يجعل كان الامرين كانا فاى الشرطين اتى به العبد يعتق ولان البينتين للالزام وفى بينة العبد الالزام اتم فانها اذا قبلت عتق العبد باداء خمسمائة ليس فى بينة المولى الزام فانها اذا قبلت لا يلزم العبد اداء المال هكذا فاعرف هاتين المسئلتين ولو قال المولى اعتقتك امس على الف فلم تقبل فقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه اقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس اذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعى وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال له قلت لك امس انت حر ان شئت فلم تشا وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب امس بالف فلم تقبل قال الآخر بل قبلت القول للمشترى لان القائل اقر بالبيع ولا يتحقق البيع الا بقبول المشترى فهو فى قوله لم تقبل راجع عما اقر به **قوله** ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الى الفا فانت حر ومعنى صح انه التعليق فيستعقب مقتضاه وهو انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح فى تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة فى الانتهاء على ما نبين فى خلافية زفر فالكتابة ليست صريحا فى التعليق بل صريحة فى عقد المعاوضة وصار العبد ماذونا ضرورة الحكم الشرعى بصحة هذا

وان احضر المال اجبر الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه ويخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض

التعليق واستعقابه آثاره من العتق عند الاداء وذلك يقتضي ان يتمكن شرعا من الاكتساب ولانه رغبه في الاكتساب حيث علق عتقه باداء المال ويستلزم طلب المولى للمال منه فيلزم ان يجعله ماذونا لان الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصا عادة المتحققين نصفته انهم موالي العبيد هو التجارة لا التكدي لانه خسته يلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فادى عتق لوجود الشرط **قوله** واذا احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيرها ان ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بان يكون بحيث لو مديده اخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار للحاكم ان يحكم بانه قد قبض هذا اذا كان العوض صحيحا اما لو كان خمرا مجهولا جهالة فاحشة كما لو قال له ان اديت الى كذا خمرا وثوبا فانت حر فادى ذلك لا يجبر على قبوله اي لا ينزل قابضا الا ان اخذه مختارا واما عدم العتق في قوله ان اديت الى الفا فحججت بها فانت حر لا يجبر على القبول لان التعليق بشيئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة وكذا ان كان قال ان اديت الى الفا احج بها يجبر على القبول لان الاداء تمام الشرط والحج وقع مشورة وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول اي لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان اخذه كان قابضا وعتق العبد وقوله وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ واذا كان يمينا فلا اجبار على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر على ان يباشر الانسان سببا يوجب عليه شيئا بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه اذا اتى به اما هنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله واعلم ان الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط اذا انضم اليه ما يقتضيها كقوله ان اديت الى الفا كل شهر مائة فانت حر فانه يصير مكاتبا لا يجوز بيعه كذا ذكره في الذخيرة مقتصرا ونسبه الى الخزانة هو المسئلة في مبسوط شمس الائمة وذكر ان هذا هو المذكور في نسخ ابي سليمان وفي نسخ ابي حفص لا تكون مكاتبة وله بيعها لانه تعليق بشروط وهو ان يودي المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء ووجه رواية ابي سليمان انه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعاني لا للالفاظ واستشهد لابي حفص بما لو قال ان اديت الى الفا في هذا الشهر فلم يؤده فيه واداه في غيره لا يعتق اتفاقا واجيب بان ليس في هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التامل **قوله** ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة بالنظر الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال لينال العبد شرف الحرية من جهة السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهذا معنى معاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا في الطلاق اذا قال ان اديت الى الفا فانت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تاخر هذا الاعتبار الى وقت ادائه اياه ويلزم اعتباره مكاتبا لان ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت ملكه كذلك قبيله ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الايراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لان على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى وقد اجيب بان هذه مغالطة لان العتق حصل للعبد وهذا يتم ان اريد بالمبدل العتق اما ان اريد به الاعتاق الذي هو فعله فلا ولو حول تقرير الاشكال الى ان المال ملك السيد فكيف يعتق باداءه وان انزل مكاتبا كما ان المكاتب لا يعتق باداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا بخلاف ذلك الجواب فانه يدفع الاشكال كيفما قرر واما ما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط والا لتضرر السيد لو

ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي

يمتنع بيعه عليه ويصير العبد احق بمكاسبه من سيده مع انه لم يجب عليه اداء مال وتسري الحرية الى المولود للامة المعلق عتقها بالاداء
بخلاف ما لو كان عبدا لان رق الولد وحريته تابعة لامه والحاصل انه ثبتت لها جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفيره مقتضى كل عليه
وعلى هذا يدور الفقه اي على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقا وبعضها يقتضي
اعتباره معاوضة الا انه لما تاخر اعتبار المعاوضة الى وقت الاداء كانت احكام الشرط اكثر من احكام المعاوضة فلم يثبت من احكامها
الا ما هو بعد الاداء وهو ما اذا وجد السيد بعض المودى زيوفا فان له ان يرجع بقدره جيادا وما كان من ضروريات المعاوضة وهو تقديم
ملك العبد لما اداه وانزاله قابضا اذا اتاه به وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت اثارة بالنسبة الى المعاوضة فلهذا تارة
خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة الاولى ما اذا مات العبد قبل الاداء وترك مالا فهو للمولى فلا يودى منه عنه
ويعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة الثالثة لو كانت
امة فولدت ثم ادت فعتقت لم يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة لو قال العبد للمولى
حط عني مائة فحط المولى عنه وادى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة الخامسة لو ابرأ المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو ابرأ المكاتب
عتق كذا ذكروها والظاهر انه لا موقع لها اذ الفرق بين تحقق الابراء في الموضعين يكون والابراء لا يتصور في هذه المسئلة لانه لا دين
على العبد بخلاف الكتابة السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه او رد عليه بخيار عيب فغني وجوب قبول ما ياتي به خلاف عند ابي يوسف
نعم وعند محمد لا ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فانه لا خلاف في انه يجب ان يقبله ويعد قابضا ووجه قول محمد ان وجوب القبول انزاله
قابضا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير انه لو قبل عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج
عن الملك لما عرف في الايمان بالطلاق وقول ابي يوسف عندي اوجه لان الكتابة التي تبطل بالبيع هي القائمة عنده وانت علمت
ان انزاله مكاتبا انما هو في الانتهاء وهو ما عند ادائه فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت قبله ليس الا احكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة
ح معتبرة شرعا لتبطل وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت احكامها ومنها وجوب القبول اذا اتى بالمال السابعة
انه يقتصر على المجلس ولا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس فلو اختلف بان اعرض او اخذ في عمل آخر فادى لا يعتق بخلاف الكتابة هذا اذا كان
المذكور من ادوات الشرط لفظة ان فان كان لفظة متى او اذا فلا يقتصر على المجلس الثامنة انه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل
ان يؤدي بخلاف المكاتب التاسعة ان للسيد ان ياخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل ان ياتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب العاشرة انه اذا ادى
وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه كان للسيد فياخذه بخلاف المكاتب الحادية عشر لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فاداه بعده اليه
عتق وان كان السيد يرجع بمثله على ما سنذكر بخلاف الكتابة لا يعتق باداءه لانه ملك المولى الا ان يكون كاتبه على نفسه وماله فانه ح يصير
احق من سيده فاذا ادى منه عتق **قوله** ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لم يعتق لان شرط العتق اداء الكل ولم يوجد كما لو حط
عنه البعض وادى الباقي فانه لا يعتق كما ذكرنا في المسائل لعدم الشرط وانما يجبر على قبوله لانه بعض ما يجب عليه قبوله فكما يجب
قبول الكل يجب قبول بعضه ولا خفاء في ورود منع هذه الملازمة وذلك لان وجوب قبول الكل لان به تحقيق شرط العتق الذي

ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه لانه ماذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا على الف درهم

هو حق العبد وليس اداء البعض كذلك الا اذا كان في ضمن الكل فانه يجب قبوله باعتبار انه محقق للكل لا باعتبار انه بعضه فلذا كان في هذه المسئلة خلاف وما ذكره المص هو المذكور في الايضاح وذكر شيخ الاسلام انه لا يجب قبوله كما ذكرناه وذكر في شرح الطحاوي ان عدم وجوب قبول قول ابي يوسف رحمه وانه القياس والاستحسان هو ان يجبر على القبول كالمكاتب والاوجه هو وجه الاستحسان ان في وجوب قبول البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن اداء الكل دفعة وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه حالياً عن غرضه ومما تقدم يعلم انه السيد لو حطه منه قبل ان ياتيه به جاز ولا يعتق لانه من اداء المشروط **قوله** ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه بمثلها اما العتق فلوجود الشرط وهو اداء الالف حتى يعتق لو كانت الفا مغصوبة الا انه لا يجب عليه قبول المغصوبة واما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه اياها وهو المراد بقول المص لاستحقاقها اضافة للمصدر الى المفعول وهو تعليل للرجوع وهذا لانها ملكه والعبد وان قلنا انه يملك ما اكتسبه عند الاداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق وهو يجب النظر في الغرض وهو ان يعتقه باداء الف يحدث حصولها له فيملك ما لم يكن مالكه وتلك الالف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى **قوله** ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس فلو اختلف المجلس بان قام العبد او اعرض او اخذ في عمل آخر ثم ادى لا يعتق وهذا لانه تخيير محض اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت لان ان للشرط فقط بخلاف اذا ومتى لدلالتها عليه لا يتوقف ففي اي وقت ادى عتق وعن ابي يوسف رحمه ان ان بمنزلة اذا ومتى وقد يوجه بان ان لما لم تدل على الوقت صار المتعلق به الاداء في مطلق الوقت فيتخير فيه كالامر المطلق عن الوقت يتخير في اي وقت شاء ويجاب بانه لما لم يدل على الوقت فانما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن فيتقيد به ولا يخفى ان معنى كونه ضرورة الفعل ان تحقيق الفعل بدونه فلا يمكن فلا يثبت مدلولا اصلا فانما يثبت للفعل وقت وجوده اي وقت وجد لا يقال بالاداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء لانا نقول يجب ان يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر في حلفه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالاداء فرع قال ان اديتما الى الفا فانتما حران فادى احدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق اداؤهما جميع المال وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الاجزاء على الاجزاء وانما الانقسام في المعاوضات وكذا لو ادى احدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط اداؤهما فلا يتم باحدهما فان قال المؤدي خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي لاؤديها اليك عتقا لان اداء الرسول كاداء المرسل فتم الشرط وهو اداؤهما ولو ادى عنهما اجنبي لا يعتقان لانه ليس اداؤهما ولا ينتقل اليهما بخلاف الكتابة وللمؤدي ان يرجع على المولى لانه ادى ليعتقهما ولم يحصل مقصوده فان قال اؤديها اليك على انهما حران او على ان يعتقهما فقبل على ذلك عتق ويرجع المؤدي بالمال على السيد اما العتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق منه لهما واما حق الرجوع فلان عوض العتق لا يجب على الاجنبي ولو قال هما امراني ان اؤديها اليك فقبل اعتقا لانه رسول عنهما **قوله** ومن قال انت حر بعد موتي على الف فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف فان القبول محله الغد وهذا لان جواب الايجاب في عقد المعاوضة هو القبول انما يعتبر في مجلسه ومجلسه وقت وجوده والاضافة

بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق عليه فى مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا

تو خر وجوده الى وجود المضاف اليه وهو هنا ما بعد الموت ولو امكن اضافة فى البيع ونحوه وجب فيه ايضا كون قبول البيع يتاخر الى وقت وجود المضاف اليه فيكون محل القبول ذلك بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لانه ايجاب للتدبير فى الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق فى المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا صحيحا واذا اعتق بعد الموت لا يلزمه شئ لانه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده وعلى هذا لا فائدة فى تعليقه بالقبول الا ليظهر اختيار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فانت مدبر وصار كما اذا علق تدبيره بدخول الدار واورد ان قوله انت مدبر على الف هو معنى انت حر بعد موتى على الف فينبغى ان يشترط فى مسئلة الكتاب القبول فى الحال اجيب بان مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد حتى لا يمكن من الرجوع وفى الايمان يعتبر اللفظ وليس فى قوله انت مدبر على الف اضافة لفظا ليكون يمينا فلا يشترط القبول بعده وفى النهاية انما افترق وقت القبول فاعتبر فى الحال فى انت مدبر على الف لانه قابل الان فى التدبير بحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت فى انت حر بعد موتى على الف لانه قابلها بحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول بعد الموت ولا يخفى ان التدبير ليس معناه الا الاعتاق المضاف الى ما بعد الموت وذلك هو الثابت فى كل من قوله انت مدبر وانت حر بعد موتى بلا فرق بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو انسان وحيوان ناطق ثم يثبت حق الحرية فرعا عن صحة تلك الاضافة التى هى التدبير لا ان حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق واعلم انه روى عن ابى حنيفة فى نوادر بشر بن الوليد اذا قال انت مدبر على الف ليس له القبول الساعة وله ان يبيعه فاذا مات المولى وهو فى ملكه وقال قبلت اداء الالف عتق فعلى هذا استوت المسئلتان فى ان القبول بعد الموت وروى عن ابى يوسف فيهما ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له ان يقبل بعده وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد وعن ابى يوسف فى الاملاء اذا قال اذا مت فانت حر على الف درهم القبول فى حالة الحيوة لا الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق فسوى بين المسئلتين فى ان القبول حالة الحيوة الا انه اختلف كلامه فيهما فى لزوم المال وذكر السرخسى عن ابن سماعة عن محمد ولو قال انت مدبر على الف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ومعلوم انه ذكر فى الجامع فى مسئلة انت حر بعد موتى على الف ان القبول بعد الموت فقد سوى بينهما فى هذه الرواية فى ان القبول بعد الموت كما سوى ابو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك وح فما قيل انهم اجمعوا انه لو قال انت حر على الف بعد موتى فالقبول بعد الوفاة لا يصح اذ يجب ان يجعل قول ابى يوسف فى قوله اذا مت فانت حر على الف ان القبول فى حالة الحيوة رواية فى انت حر بعد موتى على الف ان القبول فى حالة الحيوة بل اولى لان هناك الايجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك يجعل القبول فى الحال وهنا هو بالموت مضاف ثم لا يخفى ان الاعدل هو لزوم المال على ما ذكرناه عن ابى يوسف ومحمد لان الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الا حصول المال عوضا عن العتق والا لقال ان اخترت التدبير فانت مدبر وهذا لان المولى ما رضى بعتقه الا ببدل وتعليقه بقبول المال ظاهر فى ذلك ولا مانع شرعى منه اذ المولى يستحق على عبده المال اذا كان سبب العتق كما فى المكاتب واذا لم يستحق عليه بسبب غيره وعلى ان المروى عن ابى يوسف ومحمد فى المسئلة انما هو استحقاق المال بعد موت السيد وح يكون حرا فالحاصل تاخر وجوب المال الى زمن حريته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق والمرجع

قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل لعبد عتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمته خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها

العتق عند القبول فقال المنقول عن المشايخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة وزاد غيره او الوصي او القاضي ان امتنعوا الا ان الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا فلو قال ان دخلت الدار فانت حر فدخل لا يعتق واذا اعتقه الوارث فولاؤه للميت لان عتقه يقع له ولذا لو اعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بان الميت ليس اهلا للاعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره واعترض بان الاهلية ليست بشرط الا عند الاضافة والتعليق ولذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت وليس التدبير الا تعليق العتق بالموت واجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بان هناك الموجود بطلان اهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروج عن ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط الا وهو في ملك غيره ولا يخفى ان هذا ليس دفعا للسؤال وهو ان ما علل به من فوات اهلية المعلق لا اثر له وما ذكر من خروج المحل عن محلية عتقه ان اراد المجيب انه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بان انتفاء اهلية المعلق ليس له اثر في عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل من الايراد انه علل بما لا اثر له فاجاب المجيب بابداء علة اخرى او مانع وقال هذا جواب هذا السؤال فالصواب في الجواب ان يقال حيث علل بان الميت ليس اهلا للاعتاق لم يرد ان عدم اهلية لذلك لسبب الموت او غيره ومبنى السؤال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده انه ليس اهلا لاعتاقه لخروجه عن ملكه الى ملك الورثة فصار اجنبيا عنه وانما لزم خروجه الى ملكهم لانه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت واذا تاخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا بعتقهم وبهذا يندفع ما اورده شارح فقال ينبغي ان يعتق حكما لكلام صدر من الاهل في المحل وان كان الميت ليس اهلا للاعتاق لما قلنا ان الكلام صدر في حال اهلية ثم استدل على ذلك بان القبول بعد الموت معتبر فهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد الموت الا باعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى ان بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا يشترط ان يكون في ملكه عند نزول العتق ثم نفي الفائدة ممنوع فان بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث فان لم يفعل اعتقه القاضي ولم يكن بولا القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لا فائدة له نعم يقال اذا كان العتق لا بد منه فما السبب الى نقله الى ملكهم ثم امرهم بالاعتاق ان كان السبب انه لا سائبة فلو بقي في ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلو لم يبق على ملك الميت ويجعل مشغولا بها من حوائجه وهو نفاذ ايجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من ان يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بموته لان القبول لا يعتبر بعده بل يتقيد به وما تقدم من نوادر بشر من قول ابي حنيفة رح فاذا مات المولى وقال قبلت اداء الالف عتق ظاهر في عدم تاخر عتقه الى عتق الوارث كما استدل بذلك الشارح ايضا مع ان في المسئلة خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتاخرين من قال ينبغي ان لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال وهذا اصح فانه يفيد ثبوت الخلاف ثم نقول العتق ما وقع الا من الحي لان العتق بقوله انت حر المعلق او المضاف الصادر منه حال حياته وان كان نزول اثره بعد موته الا انه يبقى عليه اشكال هو لزوم ان يبقى على ملك الميت شهرا فيما اذا قال انت حر بعد موتي بشهر اعتبارا لحاجته الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول المدة وقصرها لا اثر له فان الموجب حاجته الى ما ذكر وهي متحققة فيهما وسياتي لبعضهم فرق في الباب بعده **قوله** ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين مثلا او اقل او اكثر فقبل العبد فعتق ثم مات المولى

ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم علي على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المامور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف عليه لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل

من ساعته فعليه اي على العبد قيمته عند ابي حنيفة في قوله الآخر وهو قول ابي يوسف وفي قوله الاول وهو قول محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة وهي معلومة اذ هي خدمة البيت المعتادة في مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبوله كما في غيره من المعاوضات لانه يصلح عوضا لان المنفعة اخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهرا مع انه تم امره بابتغاء النكاح بالمال ثم اذا مات العبد او المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور وهو بناء على الخلاف في مسئلة اخرى وهي ما اذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت او هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما وعند محمد بقيمة الجارية وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وان كان غير فاحش فكذا عندهما وعند محمد لا يقدر على ردها بالعيب اليسير ووجه البناء ظاهر وان ذكره في الكتاب ولا يخفى ان بناءه على تلك ليس باولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائي او لم يقل احد انه ترجع الورثة في موت المولى بعين الخدمة قيل لان الناس يتفاوتون في الاستخدام وقيل بل الخدمة هي المعتادة من خدمة البيت لان الخدمة منفعة وهي لا تورث وجه قول محمد وهو قول الشافعي وزفر ان الجارية او الخدمة جعلت بدل ما ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل ولا يمكن الفسخ او العتق لا يفسخ فتجب قيمته او مثله لو كان مثليا وصار كما اذا تزوج على جارية او خالع عليها او صالح عن دم عمد ثم استحقت او هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقا ووجه قولهما انها بدل ما هو مال وهو العبد وان كان لا يملك نفسه كما اذا اشترى عبدا اقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لان العبد مال بالنسبة الى السيد حيث اخذ مالا في مقابلة اخراجه عن ملكه نعم هنا لا يعتبر اخذه من حيث هي باعتبار ما اخذ في مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالاعتاق وهذا الاعتبار لا ينفي الامر الثابت في نفس الامر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض فصار كما اذا باع عبدا بجارية ثم استحقت انما يرجع بقيمة العبد بخلاف ما قيس عليه لانه مبادلة مال بما ليس بمال ولهذا لو شهدوا باسقاط القصاص وابطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع ولو شهدوا بالاعتاق ورجعوا ضمنوا ولو خدمه سنة مثلا ثم مات احدهما اخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد وعندهما بالقيمة ثلاثة ارباع رقبته وعلى هذه النسبة قس على هذا لو اعتق ذمي عبده على خمر او خنزير يعتق بالقبول فان اسلم احدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه وعند محمد قيمة الخمر هذا في المعاوضة اما لو كان قال ان خدمتني اربع سنين او سنة مثلا فخدم بعضها ثم مات احدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع ان كان الميت المولى وكذا لو اعطاه مالا عوضا عن خدمته او ابراه المولى منها او لبعضها على ما تقدم وكذا لو قال ان خدمتني واولادي فمات بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق **قوله** ومن قال لآخر اعتق جاريتك على الف درهم على ان تزوجنيها وفي بعض النسخ زيادة لفظ علي قبل على ان تزوجنيها وليس في عامة النسخ وهي ادل منه على ايجاب المال على المتكلم وان كان كذلك مع تركها ايضا فاذا اعتق فاما ان تتزوجه او لا فان لم تتزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق فان لم تتزوجه لا يجب على الآمر شيء اصلا لان حاصل كلامه امر المخاطب باعتاق امته وتزويجها منه على عوض الف مشروطة عليه ثمنا وعن مهرها فلما لم يتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها واما حصة العتق فباطلة اذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبي بخلاف الخلع لان الاجنبي فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يثبت للعبد فيه قوة حكمية هي ملك البيع والشراء والاجارة والتزويج وغير ذلك من الشهادات والقضاء فلا يجب العوض الا على من حصل له المعوض فان تزوجته قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب قيمتها سقط عنه وما اصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان كان قيمتها مائة او كان قيمتها الفا ومهرها مائة او الفا سقط عنه خمسمائة ووجب لها خمسمائة عليه وان تفاوتا بان كان قيمتها مائتين او الفين ومهرها مائة او الفا سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلثمائة وثلاثة وثلثون وثلث وقوله وقد قررناه من قبل يعني ما ذكر في خلع الاب ابنته الصغيرة حيث

ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه

قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكنه لم يذكر ان اشتراط بدل العتق على الاجنبي غير صحيح **قوله** ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم على ان تزوجنيها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها فتفعل اي اعتق قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها على ما بينا فما اصاب قيمتها اداه للمامور وما اصاب المهر سقط عنه يعني ان لم تكن زوجت نفسها منه وان زوجت نفسها منه وجب لها عليه وانما وجب للمامور حصة قيمتها هنا لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الاصول والفروع لكنه ضم الى رقبتها تزويجها فقابل المجموع بعوض الف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بالف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما فما اصاب قيمة المدبر سقط وما اصاب قيمة العبد وجب ثمنا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم تكن مالا لكن اخذت حكم المال لانها متقومة حال الدخول وايراد العقد عليها فان قيل اذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال الى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي ان يفسد لانه ادخال صفقة في صفقة واذا فسد وجب ان لا ينفذ عند عدم وقوع العتق لانه من جهة الآمر وهو لم يقبضها والمبيع في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فلا يعتق فيما لم يملك واما وجوب كل القيمة للمامور ان اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف فيكتفى به لان القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها اجيب بانه بيع صحيح النكاح وقع مندرجا في البيع ضمنا له فلا يراعى من حيث هو مستقلا ولا يفسده ولا يخفى انه يمكن ادعاؤه في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات وقوله لم يذكره يعني محمدا في الجامع الصغير وقوله في الوجه الاول يعني الذي لم يذكر فيه لفظ عني والوجه الثاني هو ما ذكر فيه وقوله في الوجهين يعني ما ذكر فيه عني وما لم يذكرا اذا زوجت نفسها وقد بيناه

باب التدبير لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحيوة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت ووجه الترتيب ظاهر وهذا احسن مما قيل فيه انه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المفرد لان مسائل باب الحلف بالعتق كلها كذلك فانها تقييد للعتق بشرط غير الموت كما ان التدبير تقييد بشرط الموت فلم يؤخر الى ههنا ثم التدبير لغة النظر في عواقب الامور وشرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك متعلقا بالموت مطلقا لفظا او معنى وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فانه مالك يدا ولا معنى في التحقيق لقولهم مالك يدا بل الواجب ان يقال ملكه متزلزل اذ لا شك في انه مالك شرعا لكنه بعرض ان يزول بتعجيزه نفسه وغاية الامر ان بعض آثار الملك منتف وهو لا يوجب نفي حقيقة الملك كملك لامة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي والمجنون وفي المبسوط فاما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما ولو قال العبد او المكاتب اذا اعتقت فكل مملوك املكه حر فعتق فملك مملوكا عتق لانه مخاطب له قول معتبر وقد اضاف العتق الى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له بخلاف ما لو قال كل مملوك املكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند ابي حنيفة وقالا يعتق وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل فهو تدبير المالك اما الوكيل فلا في المبسوط لو قال لصبي او مجنون دبر عبدي ان شئت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره في العتق والطلاق واذا انجر الكلام الى الوكالة فهذا فرع منه قال لرجلين دبرا عبدي فدبره احدهما جاز ولو جعل امره في التدبير اليهما بان قال جعلت امره اليكما في تدبيره فدبره احدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به احدهما بخلاف الاول لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء الا يرى ان له ان ينهاهما قبل ان يدبراه في هذا الفصل وليس له ذلك في جعل الامر اليهما كذا في المبسوط

قوله اذا قال الرجل لمملوكه اذا مت فانت حر وانت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير

اذا مت فانت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر

فانه اي التدبير اثبات العتق عن دبر وهذه تفيد ذلك بالوضع فاذا ان كلما افاد اثباته عن دبر كذلك فهو صريح وهو ثلثة اقسام الاول ماكون بلفظ اضافة كبعض ماذكرنا ومنه حررتك او اعتقتك وانت حر او محرر او عتيق او معتق بعد موتي والثاني مايكون بلفظ التعليق كان مت او اذا او متى مت او حدث لي حدث حادث فانت حر وتعورف الحدث والحادث في الموت وكذا انت حر مع موتي او في موتي فانه تعليق العتق بالموت بناء على ان مع وفي تستعار في معنى حرف الشرط وروى هشام عن محمد اذا قال انت مدبر بعد موتي يصير مدبرا في الحال لان المدبر اسم لما يعتق عن دبر موته فكان هذا وانت حر بعد موتي سواء وكذا اعتقتك او حررتك بعد موتي والثالث مايكون بلفظ الوصية كاوصيت لك برقبتك او بنفسك او بعتقك وكذا اذا قال اوصيت لك بثلث مالي فتدخل رقبته لانها من ماله فيعتق ثلث رقبته وفي الكافي انت حر او مدبر او عتيق يوم اموت يصير مدبرا والمراد باليوم الوقت لان قرن به مالا يمتد ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبرا مطلقا لجواز ان لا يموت ليلا يعني فيجوز بيعه فان لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر وانما كانت صريحا لانها استعملت في الشرع كذلك قال عم في ام الولد فهي معتقة عن دبر منه ذكره في المبسوط ثم تو رثت بلا شبهة في هذا المعنى ولو قال انت حر بعد موتي وموت فلان فليس بمدبر مطلق لانه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة وكان لهم ان يبيعوه وان مات فلان اولا يصير مدبرا مطلقا فليس له ان يبيعه خلافا لزفر لانه كما اذا قال اذا كلمت فلانا فانت حر بعد موتي فكلمه او قال انت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتي فاذا كلم فلانا صار مدبرا ولو قال بعد موتي ان شئت ينوي فيه فان نوى المشيئة الساعة فشاء العبد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا وان نوى المشيئة بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر بوجود الشرط لا باعتبار التدبير وكان الشيخ ابوبكر الرازي يقول الصحيح انه لا يعتق ههنا الا بالاعتاق من الورثة او الوصي لمثل ماتقدم في باب المتقدم من انه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعد الا بالاعتاق منهم فيكون هذا وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال اعتقوه بعد موتي ان شاء وهو نظير ما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا بالاعتاق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة في نوادره وكذا بيوم وفي الاسبيجابي اذا لم يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي فللوارث ان يعتق تنجيزا او تعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا ولو اعتقه عن كفارته يحق الميت دون الكفارة والذي ينبغي ان يفصل في التعليق فان علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله او بمضي زمان طويل او على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه او يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه بل ان شاء رفع الى القاضي لينجز عتقه ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشية من العبد في مجلس موته او علمه بموته كما لتقييد مشيته في حياته بالمجلس التفويض اذا كان بهذا اللفظ وعن ابي يوسف لا يتوقف به لانه في معنى الوصية لا يشترط في الوصية القبول في المجلس وفي الاصل لو قال بعد موتي بيوم لم يكن مدبرا وله ان يبيعه لانه ما علقه بمطلق الموت بل بمضي يوم بعده فان مات لم يعتق في الوقت الذي سمى حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكر ابوبكر الرازي ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الاولى فقال اذا اخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم او شهر وتقرر ملك الوارث في ذلك الزمان عرفنا ان مراده الامر باعتاقه فلا يعتق مالم يعتقوه واما في مسئلة المشية فتتصل مشية العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق باعتاق المولى ولا تدعو حاجة الى اعتاق الوارث وهذا ان تم اشكل على ماتقدم في مسئلة انت حر بعد موتي بالف فان زمن القبول كزمن المشية فانه يجب ان يتصل بموت المولى او بعلمه بموته لا يقال ينبغي ان يجعل العبد في هذه المسئلة وتلك باقيا على حكم ملك الميت لحاجته الى نفاذ ايجابه وثبوت اعتباره شرعا وما قدمناه من ان القبول غير معلوم يدفع بانه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير وجوده يلزم اخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الاول اسهل من دفعه ثم ادخاله

تتعارف

ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما فى الكتابة وقال الشافعى رح يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما فى سائر التعليقات وكما فى المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهى غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا فى الحال اولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية

فى ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب ان يبقى لحاجته ثم لا شك ان هذه المسئلة اقرب لان العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى لانا نقول لو صح ذلك لزم فى انت حر بعد موتى بيوم عدم توقفه بل اولى لان مجئ اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهى من مواضع النص على انه لا يعتق الا باعتاقهم **قوله** ثم لا يجوز بيعه المدبر المطلق وهو الذى علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية بلا بدل او بكتابة او عتق على مال وما سواه من التصرفات التى لا تبطل حقه فى الحرية يجوز فيجوز استخدامه واجارته واخذ اجرته وتزويج المدبرة ووطيها واخذ مهرها وارش جنايتها وعلله المصنف فيما ياتى بقوله لان الملك فيه ثابت وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات وانما لم يكن له ان يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية للمدبر كام الولد وليس على المولى فى جنايات المدبر الا قيمة واحدة لانه مانع الا رقبة واحدة واما ما استهلكه فدين فى رقبته يسعى فيه وعرف من هذا ان ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للارش وفى الجناية على المدبر ما فى الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك املكه فهو حر بعد موتى وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فانهم يعتقون فكان عتقهم معلقا بمطلق موت السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم صح ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت اجيب بان الوصية بالنسبة الى المعدوم يعتبر يوم الموت وبالنسبة الى الموجود عند الايجاب حتى لو اوصى لولد فلان وله ثلاثة اولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لانها تناولتهم بعينهم فيبطل بموت احدهم حصته ولو لم يكن له ولد فولد له ثلثة اولاد ثم مات احدهم ثم مات الموصى كان الكل للاثنين لان الثالث لم يدخل فى الوصية لكونهم معدومين عند الايجاب فتناولت من يكون موجودا عند الموت **قوله** وقال الشافعى يجوز بيعه وهبته للمنقول والمعنى اما المنقول فما فى الصحيحين من حديث جابر رض ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبى صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم ارسل بثمنه اليه وفى لفظ اعتق رجل من الانصار غلاما عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فاعطاه فقال اقض دينك وانفق على عيالك ولحديث جابر رض هذا الفاظ كثيرة وروى ابو حنيفة بسنده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفى موطا مالك بسنده الى عائشة رض انها مرضت فتطاول مرضها فذهب بنو اخيها الى رجل فذكروا له مرضها فقال انكم تخبرونى عن امراة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فاذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سالتها ماذا اردت قالت اردت ان تموتى حتى اعتق قالت فان لله على ان تباعين من اشد العرب ملكة فباعتها وامرت بثمنها فجعل فى مثلها ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك ان الحر كان يباع فى ابتداء الاسلام على ما روى انه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق فى دينه ثم نسخ ذلك بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره فى الناسخ والمنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ وانما يفيده استصحاب ما كان ثابتا من جواز بيعه قبل التدبير اذ لم يوجب التدبير ازالة الرق عنه ثم راينا انه صح عن ابن عمر رض لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطنى رفعه وصحح وقفه واخرج الدارقطنى ايضا عن على بن ظبيان بسنده عن ابن عمر رض قال المدبر

بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق فامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لايجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك **قال** وللمولى ان يستخدمه ويواجره وان كانت امة وطيها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولانه هذه التصرفات

من الثلث وضعف ابن ظبيان والحاصل ان وقفه صحيح وضعف رفعه فعلى تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لايعارضه النص البتة لانه واقعة حال لاعموم لها لايعارضه لو قال عم يباع المدبر فان قلنا بوجوب تقليده فظاهر وعلى عدم تقليده يجب ان يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا ان بيعه مستصحب برقه فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما في ام الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر لايصلح المعارضة حديث جابر وايضا ثبت عن ابي جعفر انه ذكر عنده ان عطاء وطاؤسا يقولان عن جابر في الذي اعتقه مولاه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عتقه عن دبر فامره ان يبيعه فيقضي دينه الحديث فقال ابو جعفر سمعت الحديث من جابر انما اذن بيع خدمته رواه الدارقطني عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن ابي جعفر وقال ابو جعفر الهندواني كان من الثقات الاثبات ولكن حديثه هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لانه من رواية عبد الملك ابن ابي سليمان العرزمي وهو ثقة عن ابي جعفر انتهى ولو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق عدمه ان كان متشيعا فقد صرح ابو جعفر وهو محمد الباقر الامام بن سيد زين العابدين بانه شهد حديث جابر وانه انما اذن في بيع منافعه ولايمكن لثقة امام ذلك الا لعلمه بذلك من جابر راوي الحديث وقال ابن العز قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد او ان المراد انه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل لانه لما اعتقد ان التدبير عقد لازم سعى في تاويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تاويله والنص مطلق فيجب العمل به الا لمعارضة نص اخر يمنع من العمل باطلاقه وانت اذا علمت ان الحر كان يباع للدين ثم نسخ وان قوله في الحديث باع مدبرا ليس الا حكاية الراوي فعلا جزئيا لاعموم لها وان قوله اعتق عن دبر او دبره اعم من المطلق والمقيد اذ يصدق على الذي دبر مقيدا انه اعتق عن دبر منه وان ما عن ابن عمر وقوف صحيح وحديث ابي جعفر مرسل تابعي ثقة وقد اقمنا الدلالة على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد انه قول جمهور السلف علمت قطعا ان المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر رض ان لم يصح رفعه يعضده ولايعارضه المروي عن عائشة بجواز كون تدبيرها كان مقيدا لانه ايضا واقعة حال لاعموم لها فلم يتناول حديث جابر وعائشة رض محل النزاع البتة فكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا فظهر لك تحامله او غلطه واما المعنى الذي ابطل به الشافعي منع بيعه فما ذكر في الكتاب من قوله لانه تعليق العتق بالشرط وبه لايمتنع البيع كما في سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز فظهر انه على اعتبار شبهي التعليق والوصية لايمتنع بيعه وقد قدم المص من قريب قوله وعلى هذا اي اعمال الشبهين يدور الفقه وجوابه ما ذكره المص بقوله ولانه سبب الحرية لانها تثبت بعد الموت ولا ثبوت الا بسبب ولاسبب غيره اي غير قوله انت حر المعلق وفي اذا مت او المضاف في بعد موتي فاما ان يجعل سببا في الحال او بعد الموت وجعله سببا في الحال اولى لانه حال وجوده بخلافه بعد الموت فانه معدوم انما له ثبوت حكمي فاضافة السببية اليه حال وجوده اولى فهذا وجه اولوية سببيته في الحال ووجه اخر يوجب عدم امكان غيره وهو قوله ولان ما بعد الموت الخ يعني لا يثبت

انتهى

فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما رويناولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت فى الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثيه

الملک وزواله من ثبوت للاهلية لهما والموت يبطلها بخلاف المجنون لان المجنون اهل لثبوت ملكه كما اذا مات مورثه اووهب له وقبل وليه وزواله كما لو اتلف شيئا فانه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ولو ارتد ابواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته فلذا لم تشترط الاهلية بالعقل عند وجود الشرط لنزول الحكم لان ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملک والمجنون اهل لذلک بخلاف الموت فانه سالب لاهلية الامرين فامتنع ان يجعل قوله المذكور حال حيوته سببا بعد موته فلزمت سببيته فى الحال الا انتفت لكنها لم تنتف شرعا ولان سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سببا فى الحال لانها ايمان واليمين فى مثله يعقد للمنع كما قد تعقد للحمل فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصود فيها لانها تعقد للبر وانه يضاد وقوعهما ووقوعهما هو المقصود فى التعليق الذى هو التدبير فلزم من كلامه ان التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط لما ذكرنا وامكن فى التدبير اذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته فى الحال واذا انعقدت سببية العتق فى الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شک انه يرد عليه النقض بما اذا قال اذا جاء غد فانت حر فانه لما علق بامر كائن البتة علم ان المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن يمينا فانتفى مانع السببية فى الحال فينعقد فيه فيلزم ان لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهذا الاشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائنا لا محالة بجواز قيام القيامة قبل الغد انما يستقيم اذا كان التعليق بمجئ الغد بعد وجود اشتراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما اما قبل ذلک فليس بصحيح والجواب بان الكلام فى الاغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالايراد على ان كون التعليق بمثل مجئ الغد وراس الشهر نادرا غير صحيح واجيب ايضا بما هو حاصل الوجه الثانى وهو ان التعليق الذى هو التدبير وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة ويرد عليه انه يجوز الرجوع عن الوصية وهذا وارد على عبارة الايضاح وهو ان المراد بقوله والوصية خلافة فى الحال الى الوصية المذكورة وهى الوصية له برقبته خلافة كالوراثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها ويفرق بين قوله اذا مت فانت حر وانت حر بعد موتى وبين قوله اعتقوه بعد موتى فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية فى الحال بخلاف اعتقوه واورد عليه ان هذا فرق بعين محل النزاع لان حاصله ان الوصية بالعتق اذا كانت تدبيرا كانت خلافة تستدعى لزوم الموصى وعدم جواز الرجوع عنه وان كانت غيره كاعتقوا هذا العبد لا يكون كذلک وجاز بيعه وهذا عين المتنازع فيه فان الخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الاولى سواء ولا مخلص الا ان تبدى خصوصيته فى تلک العبارة تقتضى ذلک وليس هنا الا كون العبد خوطب به او كون العتق علق صريحا بالموت او اضيف وكون ذلک فى الشرع يقتضى ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق ان الاستدلال انما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلک **قوله** وان مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما رويناه اول الباب ولان التدبير وصية ونفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى فى ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين فى هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى فى كل قيمته لان الدين مقدم على الورثة فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته **قوله** وولد المدبرة مدبر فيعتق بموت سيد امه والمراد المدبرة المطلق اما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون مدبرا هذا هو الصحيح من النسخ وفى بعضها ولد المدبر

وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة

وليس بصحيح لان الولد يتبع امه لا اباه فان زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا او امة فولدها عبد سواء كان ابوه حرا او عبدا
مدبرا او لا ثم المراد الولد الذي كانت حاملا به وقت التدبير والولد الذي حملت به بعد التدبير اما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها
اما الذي كان حملا فبالاجماع كما لو اعتقها وهي حامل واما الذي حملت به بعده ففي قول اكثر اهل العلم وهو المروي عن عمر بن عبد العزيز
والزهري والبصري وشريح ومسروق والثوري ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك واحمد وللشافعي فيه قولان
قال المصنف وعلى ذلك اجماع الصحابة رضوان الله عليهم يعني الاجماع السكوتي فانه روي عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت
وجابر وابن مسعود رض ولم يرد عن غيرهم خلاف ولا يخفى ان سريان التدبير الى الولد على خلاف القياس بالاجماع فلا يقبل
فيه اشكال مما ذكر من طرق الشافعي ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى
لانها تدعي حق العتق لولدها ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لاثباتها زيادة حق العتق
واعلم انه اذا حلف المولى يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ذكره في المبسوط
في باب الشهادة في التدبير واعلم انه اذا دبر الحمل وحده فانه جائز كعتقه وحده فان ولدته لاقل من ستة اشهر كان مدبرا والا فلا ولو
كانت بين اثنين فدبر احدهما حملها وولدته لاقل من ستة اشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد
ان يقدر على السعاية ولو دبرا احدهما ما في بطنها بان قال ما في بطنك حر بعد موتي وقال الآخر انت حرة بعد موتي فولدت لاقل
من ستة اشهر بعد كلام الاول فالولد مدبر بينهما لانه كان موجودا حين دبر الاول وتدبير نصيبه بتدبيره وتدبير نصيب الآخر بتدبير امه
وان ولدته لاكثر من ستة اشهر من الاول ولاقل منها تدبير الام فالولد كله مدبر للذي دبر الام لان ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للام
باعتبار انه جزء وفي هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبر للذي دبر الام واما الام فنصفها مدبر للذي دبرها والآخر الخيار بين
ان يضمنه نصف قيمتها ان كان موسرا وبين ان يستسعيها فيتبعه الام في الضمان لا الولد لان الضمان انما يلزمه من حين دبرها وعلوق الولد بعده في الحكم فلا يثبت
فيه حق الشريك الا يرى انها لو زادت قيمتها في مدة لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا في الزيادة المنفصلة
ولانها صارت في حكم المستسعاة حين ثبت له حق ان يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون احق بولدها واذا دبر ما في بطن امته لم يكن له
ان يبيعها ولا يهبها وذكر في كتاب الهبة من الاصل اذا اعتق ما في بطن امته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف ما لو دبره ففيه
روايتان والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق بانه اذا دبر ما في البطن لو وهب الام لا يجوز لانه
لا يزول ملكه عما في البطن فلو وهب الام فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون في معنى
القسمة واما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلمها
فولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر بيوم والآخر لاكثر بيوم فهما مدبران لانهما توامان وتيقنا بوجود احدهما حال التدبير
دبر ما في بطنها ثم كاتبها جاز وان وضعت بعد هذا لاقل من ستة اشهر كان التدبير في الولد صحيحا لكنه يدخل في الكتابة ايضا تبعا
فاذا ادت عتقا جميعا وان مات المولى قبل ان تؤدي عتق الولد بالتدبير وان ماتت الام قبل المولى فعلى الولد ان يسعى فيما على الام

وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

لانه دخل في الكتابة بان مات المولى فالولد بالخيار في اختيار الحرية بالتدبير او باداء الكتابة فيختار الانفع له فان كان يخرج من الثلث عتق ولا شيء عليه لان مقصوده حصل **فرع** ولو قال لامته ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة او ولد حرة ولا يريد به عتقا لم يعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق وكانه قال انت مثل الحرة او المدبرة **قوله** وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا او قتلت او غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لان السبب لم تنعقد في الحال للتردد في تلك الصفة بل يقع او لا بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة ثم ان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فاذ ذاك يصير مدبرا مطلقا لا يجوز بيعه بل لا يمكن فاما قبل آخر جزء من اجزاء حيوته فلم يكن مدبرا فجاز بيعه وان برء من ذلك المرض او رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لان الشرط الذي علق به قد انعدم واستشكل بما اذا قال انت حر قبل موتي بشهر ومضى شهر فانه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع انه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه اجيب بانه انما كان كذلك لانه يعتق بالشهر قبل موته كما سمى فيجب اعتباره بالعتق المضاف الى غد فانه لا يثبت حقا للعبد للحال وكذا هنا ولو قال اذا مت او قتلت فانت حر على قول زفر هو مدبر لان عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق اذا مات على اي وجه كان وعلى قول ابي يوسف ليس مدبرا لانه علقه باحد الشيئين من الموت والقتل والقتل وان كان موتا فالموت ليس بقتل وتعليقه باحد الامرين يمنع كونه عزيمة في احدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه وقول زفر احسن لان التعليق في المعنى بمطلق موته لانه لا تردد في كون الكائن احد الامرين من الموت قتلا او غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيف ما كان وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا قال اذا مت وغسلت فانت حر لا يكون مدبرا لانه علقه بالموت وشيء آخر بعده فاذا فانه
مات ففي القياس لا يعتق وان غسل ما لم يعتقوه لانه بنفس الموت انتقل الى ملكهم فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فانت حر وفي الاستحسان يعتق لانه يتصل عقيب الموت قبل ان يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لانه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه كذا في المبسوط **قوله** ومن المقيد اي من التدبير المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين فانت حر فان مات قبل السنة او العشر عتق مدبرا وان مات المولى بعد السنة او العشر لا يعتق ومقتضى الوجه كونه لو مات في راس السنة يعتق لان الغاية لو لا هنا تناول الكلام ما بعدها لانه منجز تنجيز عتقه فيصير حرا بعد السنة والعشر فيكون للاسقاط ومنه انت حر قبل موتي بشهر او بيوم فانه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لان على قول ابي حنيفة يستند العتق الى اول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته **قوله** بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليها في الغالب اليه
لانه كالكائن لا محالة فيكون تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال قاضي خان على قول اصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش اليه غالبا تابيد معنى وهو كالخلاف في النكاح الموقت اذا سميا مدة لا يعيشان اليها غالبا صح النكاح عند الحسن لانه تابيد معنى والمذهب انه توقيت فلا يصح والمقصر كالمنافق فانه في النكاح اعتبره توقيتا وابطل به النكاح وهنا جعله تابيدا موجبا للتدبير **فروع** كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق

باب الاستيلاد

بالتدبير وسقطت عنه الكتابة للاستغناء عن اداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير فان لم يكن له مال غيره فانما يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسقط ثلث بدل الكتابة ايضا اعتبارا للجزء بالكل وقياسا على ما لو كاتبه اولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير فكذا اذا سبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لم يرد عليه عقد الكتابة لانه لو ادى جميع بدل الكتابة في حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم ترد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ولان استحقاق المدبر ثلث رقبته كاستحقاق ام الولد جميعها بالاستيلاد ولو كاتب ام ولده صح ووجب المال فعرفنا ان هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه ولهما طريقان احدهما ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا في المكاتب والبدل بمقابلته وعرف ان التدبير يوجب استحقاق شيء له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك فهو كما لو طلق زوجته ثنتين ثم طلقها ثلثا بالف كانت الالف كلها بازاء الطلقة الثالثة الا يرى انه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة فاما قبل الموت الكتابة صحيحة لان الاستحقاق بالتدبير غير متقرر بجواز ان لا يموت المولى قبله واذا ثبت ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شيء عنه بخلاف ما لو كاتبه اولا لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا شيء من رقبته عند الكتابة فاذا اعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر ان التدبير وصية برقبته له وهي عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر كما لو اوصى لعبد انسان ثم باعه او قتل لا تنفذ الوصية في قيمته ولا ثمنه من مال الموصي وفي اسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع بخلاف ما لو كاتبه اولا ثم دبره لان حقه عند التدبير احد الشيئين اما بدل الكتابة ان ادى او مال رقبته ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول ابي حنيفة فيما اذا دبره ثم كاتبه انه يتخير بعد موت المولى ان شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لان عنده العتق يتجزى وقد تلقاه جهتا حرية فيختار ايهما شاء وعن ابي يوسف يسعى في الاقل منهما بغير خيار لان العتق لا يتجزى عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه الا اقل المالين وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لانه ثلثها سقط عنه ولا تخيير لانه عتق كله كما ذكر ابو يوسف ولو كاتبه ثم دبره فعند ابي حنيفة رحمه الله يتخير بين ان يسعى في ثلثي قيمته او ثلثي بدل الكتابة وعندهما يسعى في اقلهما عينا ولو كاتب مدبرته فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليها لانه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان كانا ولدين فادى احدهما المال كله لم يرجع على اخيه بشيء لانه ما ادى عنه شيئا انما ادى عن الام فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت احق به فكان اداء من ادى احدهما او كلاهما اداء من مال الام ومثله لو كاتب مدبرين جميعا وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك احدهما ولدا ولد له في كتابته من امته فعليه ان يسعى في جميع الكتابة لانه قائم مقام ابيه وانما يسعى لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل الكتابة فلذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة

باب الاستيلاد لما اشترك كل من المدبر وام الولد في استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ولما كان التدبير انسب بما قبله من حيث ان العتق به بايجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدمه عليه فالاستيلاد مصدر استولد اي طلب الولد وهو عام اريد به خصوص وهو طلب ولد امته اي استلحاقه

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها

اي باب بيان احكام هذا الاستحقاق الثابتة في الام واصله استولاد ومثله يجب قلب واوه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا وام الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وفي عرف الفقهاء اخص من ذلك وهي الامة التي ثبت ولدها من مالك كلها او بعضها

قوله (واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له) يعني اذا ثبت نسبه منه وليس هذا تمامه مستلزما بجزئيه ففي العبارة قصور وذلك لانه يريد انها اذا ولدت منه صارت ام ولد لا بالمفهوم اللغوي بل بالاصطلاح الفقهي ولذا رتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا هبتها انتهى بل اذا مات ولم ينجز عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو كان السيد مديونا مستغرقا وهذا مذهب جمهور الصحابة رضي الله عنهم والتابعين والفقهاء الاربعة الا من لا يعتد به كبشر المريسي وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها واحتجوا بحديث جابر قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا رواه ابو داود وقال الحاكم على شرط مسلم واخرج النسائي عن زيد العمي عن ابي سعيد الخدري كنا نبيعهن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم واعله العقيلي بزيد العمي وقال النسائي زيد العمي ليس بالقوي ونقل هذا المذهب عن الصديق وعلي وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضي الله عنهم لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس رض تعتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامة فهذا يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الاولى عنهما واستدل بعضهم للجمهور بما في رواية ابي داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صالح عن امه عن سلامة بنت معقل امرأة من خارجة قيس بن عيلان وذكر البيهقي انه احسن شيء روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قالت قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امرأته الآن والله تباعين في دينه فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني امرأة من خارجة قيس بن عيلان قدم بي عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت لي امرأته الآن تباعين في دينه فقال عليه الصلوة والسلام من ولي الحباب قيل اخوه ابو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال اعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم علي فاتوني اعوضكم قالت فاعتقوني وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم مني غلاما ولا يخفى ان هذا لا يدل على انها تعتق بمجرد موته بل على انه سألهم ان يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلوة والسلام بل يفيد انها لا تعتق والا لبين الحكم الشرعي في ذلك من انها عتقت ولم يامرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلوة والسلام به لهم نعم يحتمل ان يراد باعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقي وان العوض من باب التفضل منه عليه افضل الصلوة والسلام لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار الى هذا الا بدليل من خارج يوجبه ويعينه فمن ذلك ما ذكر المصنف عنه عم انه قال يعني في مارية القبطية رض اعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجة عن ابن عباس رض قال ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقها ولدها وطريقه معلول بابي بكر بن عبد الله بن ابي سبرة وحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس بسند ابن ماجة رواه ابن عدي في الكامل لكن اعله بابن ابي سبرة فقط فانه يرى ان حسينا ممن يكتب حديثه واخرج ابن ماجة ايضا عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد وهذا توثيق لحسين ورواه ابو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا اسمعيل بن ابي اويس حدثني ابي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رض عنه عم قال ايما امة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته ورواه احمد عن ابن عباس رض عنه عم ايما رجل ولدت منه امة فهي معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة في هذا المعنى ولذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول واذ قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه

فانها

لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع

ثم ان ابن القطان قال في كتابه وقد روي باسناد جيد قال قاسم بن اصبغ في كتابه ثنا محمد بن وضاح ثنا مصعب بن سعيد ابو خيثمة
المصيصي ثنا عبيد الله بن عمرو وهو الرقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس رضي قال لما ولدت مارية القبطية ابراهيم قال عليه السلام اعتقها ولدها من طريق
ابن اصبغ رواه ابن عبد البر في التمهيد ومما يدل على صحة حديث اعتقها ولدها ما قال الخطابي ثبت انه عليه السلام قال انا معاشر الانبياء لا نورث
ما تركنا صدقة فلو كانت مارية مالا بيعت وصار ثمنها صدقة وعنه عليه السلام انه نهى عن التفريق بين الاولاد والامهات وفي بيعهن
تفريق واذا ثبت قوله اعتقها ولدها الخ وهو متاخر الى الموت اجماعا وجب تاويله على مجاز الاول فيثبت في الحال بعض مواجب
العتق من امتناع تمليكها وروى الدارقطني عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر انه عليه السلام نهى
عن بيع امهات الاولاد فقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهي حرة ثم اخرجه بسند فيه
عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار واعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيح المدني واسند تضعيفه عن النسائي وغيره ولينه هو
قال يكتب حديثه ثم اخرجه عن احمد بن عبد الله العنبري حدثنا المعتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفا عليه واخرجه ايضا عن فليح بن سليمان عن
عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم القسملي وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر
واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد وهو ثقة وهو الذي رفعه فقال عنه يحيى بن اسحق وفليح بن سليمان عن عمر لم يتجاوزوه وكلهم ثقات
وهذا كله عند الدارقطني وعندي ان الذي اسنده خير ممن وقفه واخرج مالك في الموطا عن نافع عن ابن عمر ان عمر بن الخطاب رضي قال
ايما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا مات فهي حرة وهكذا رواه سفيان الثوري وسليمان
بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفا واخرج الدارقطني من طريق عبد الرحمن الافريقي عن سعيد بن المسيب ان عمر اعتق امهات الاولاد
وقال اعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم والافريقي وان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع
بما قلنا ولا شك في ثبوت وقفه على عمر وذكر محمد في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات
الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وعدم مخالفة احد لعمر حين افتى به وامر فانعقد اجماع الصحابة رضي على عدم بيعهن فهذا
يوجب احد الامرين اما ان ما كان من بيع امهات الاولاد في زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه وان كان مثل قول الراوي كنا نفعل
في عهده عليه السلام حكمه الرفع لكن ظاهرا لا قطعا فاذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره واما انه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ و
لم يظهر الناسخ لابي بكر رضي لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسيلمة واهل الردة ومانعي الزكوة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر كنا نخابر اربعين سنة
ولا نرى بذلك باسا حتى اخبرنا رافع بن خديج انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها وايا ما كان وجب الحكم الآن
بعدم جواز بيعهن هذا اذا قصرنا النظر على الموقوف فاما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك مما يدل على ثبوت ذلك الاجماع
ما اسنده عبد الرزاق انبانا معمر عن ايوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال سمعت عليا يقول اجتمع رايي وراي عمر في امهات الاولاد
ان لا يبعن ثم رايت بعد ان يبعن فقلت له فرايك وراي عمر في الجماعة احب الي من رايك وحدك في الفرقة فضحك علي رضي واعلم
ان رجوع علي رضي يقتضي انه يرى اشتراط انقراض العصر في تقرر الاجماع والمرجح خلافه وسئل داود عن بيع ام الولد فقال

ولان الجزئية قد حصلت بين الواطى والموطوءة بواسطة الولد فان المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق بموتها وثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله

يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل ان تصير ام ولد فوجب ان يبقى كذلك اذ الاصل في كل ثابت دوامه واستمراره وكان ابو سعيد البردعي حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها بما حبلت بولد سيدها والاصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له ان يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى ان يثبت المزيل **قوله** ولان الجزئية قد حصلت بين الواطى والموطوءة بواسطة الولد فان المائين الذين خلق منهما قد اختلطا وهو جزؤهما بحيث لا يتميز وهذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لان تلك الجزئية اوجبت نسبتها اليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قيل ام ولده فقد بقي اثرها شرعا واليه اشار عمر رضه فيما رواه محمد بن ثابت قال اشتري ابي امة من رجل قد اسقطت منه فامر عمر رضه بردها وقال بعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن الا ان السبب يضعف بالانفصال فاوجب حكما موجلا الى الموت ولما ورد على هذا التقرير ان مقتضاه ان المراة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعد ما ولدت له ابنه يعتق بموتها لان النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الام والاب قسط منها اجاب المص بقوله ان بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سواه والنسب للرجال اي الى الاباء لا الى الامهات فكذا الحرية التي تبتني على النسب انما تثبت للمنافي حق الرجال لان النسب اليهم فيتفرع عليه ان الحر لو تزوج امة فولدت له ثم اشتراها صارت ام ولد له تعتق بموته دون العكس اذ ليس النسب اليهن فيتفرع عليه ما لو ملكت الحرة زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالآخرة بالنسب لم تثبت الامومية بدونه فلو ولدت امة لرجل بزنى ثم ملكها لا تكون ام ولد له فلا تعتق بموته واورد عليه ما ذكره في دعوى الاصل امة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما لصاحبه هذا ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وامه بمنزلة ام الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الامومية بلا ثبوت نسب اجيب بانه قد ثبت النسب في الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم تثبت دون نسب والحق ان ثبوت الامومية في نفس الامر لا يكون الا تابعا لثبوت النسب واما ثبوته ظاهرا في القضاء فبكل من ثبوت نسب الولد والاقرار وان لم يثبت لما سيجيء فيما اذا ادعى ولد امه وولده الزوجية **قوله** وثبوت عتق الخ يعني قد ثبت بما ذكرنا انه يثبت لها عتق موجل ويلزم من ثبوت عتقها موجلا ان يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا الى الحرية وللقائل ان يقول ثبوت العتق المؤجل الى اجل معلوم ثابت في قوله اذا جاء راس الشهر فانت حرة مع ذلك لم يمتنع البيع فله ان يبيعه قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى اجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الاجل فالحق ان استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس الا حكم النص حيث صرح النص بانهن لا يبعن ولا يوهبن بمعنى الجزئية التي اشار اليها عمر رضه **قوله** وكذا اذا كان بعضها مملوكا له والبعض الآخر مملوكا لغيره بان كانت مشتركة بين اثنين فادعى احدهما ولدها ثبت نسبه وتصير ام ولد له فهذان حكمان وقع التشبيه في احدهما وهو امومية الولد لانه لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه مع قوله لان الاستيلاد لا يتجزى اي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي القنة فتصير كلها ام ولد له فيضمن قيمة نصيب شريكه له بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فانه يتجزى ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدمه في باب العبد يعتق بعضه انه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه

قال وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه وان لم يدع

فلا تناقض فصار الحاصل ان الاستيلاد لا يتجزى اى لا يكون معه بعض المستولدة مملوكا لغير المستولد الا ضرورة لانه مبنى على ثبوت النسب وهو لا يتجزى واما احتمال ان يكون فيه روايتان فبعيد فلذا لما قال المص انه يتجزى في باب العبد يعتق بعضه لم يجعل اثره الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة واما التعليل بثبوت النسب فانما هو بوجود الدعوة في المملوكة والاتفاق على ان ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاد **قوله** وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك قائم فيها وهو مطلق لهذه الامور فاشبهت المدبرة ومنع مالك اجارتها كبيعها وهو بعيد وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو منتف في الاجارة ويملك كسبها واعتاقها وكتابتها واورد ينبغي ان لا يملك تزويجها لان توهم شغل رحمها بماء المولى قائم وتوهم الشغل مانع من النكاح كما في المعتدة غير ان المعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغي ان لا يصح قبله واجيب بان جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطى ووقع الشك في خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فانها قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود الا بموجب وجعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تزوج قبله ولقائل ان يقول اذا سلم ان احتمال الشغل مانع ولا شك في ثبوته بعد الوطى لزم تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة ووجب ان لا يزوجها الا بعد استبرائها والمذهب جوازه قبل الاستبراء وانما هو بعده افضل واعلم ان المسئلة ذكرها المص في فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه بلا دعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي ولدها بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل فافاد ان المانع من صحة النكاح ليس الا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل وهذا حق لما عرف عن مسئلة ما اذا راى امرأة تزني فتزوجها حيث يصح النكاح ويحل الوطى مع ان احتمال الشغل ثابت لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطى لانتفاء الجمع بين الفراشين ولذا جاز عند ابي حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش غير انه لا يحل وطيها اذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها فح فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل مانعا فلذا جاز النكاح عقيب وطيها وان كان لا يستحب او يجب الاستبراء انما المانع الجمع بين الفراشين القويين وفراش ام الولد ليس قويا على ما صرح به في المسئلة فلا يكون مانعا ما لم يتصل به الحمل بخلاف المعتدة فانها فراش حال العدة الا ترى انها متعينة لثبوت نسب ما تاتي به ففي تزوجها جمع بين الفراشين **فرع** اذا باع خدمة ام ولده منها عتقت كما اذا باع رقبة العبد منه وعن ابن سماعة عن ابي يوسف لا تعتق بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق **قوله** ولا يثبت نسب ولدها اي ولد الامة لا ام الولد يرجع الى المذكور اول الباب في قوله اذا ولدت الامة من مولاها فلا يثبت نسبه الا ان يعترف به وان اعترف بوطيها وهو قول الثوري والبصري والشعبي ويروى عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل وقال الشافعي ومالك واحمد رح يثبت اذا اقر بوطيها وان عزل عنها الا ان يدعي انه استبراها بعد الوطى بحيضة وهو ضعيف فانهم زعموا انها بالوطى صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبراها

لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطي وانه اكثر افضاءً اولى ولنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة

مع ان الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء وهم ينفصلون عن هذا بان الغالب ان لا تحيض والامر بالاستبراء اعتبار للغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ولو وطيها في دبرها يلزمه الولد عند مالك مثله عن احمد وهو وجه مضعف للشافعية **قوله** لانه لما ثبت هذا وجه قول الجمهور في ان النسب يثبت بما تأتي به الامة بمجرد وطيها وهو انه لما ثبت النسب بعقد النكاح حتى يثبت نسب ما تأتي به المنكوحة بعد العقد وان لم يعلم الوطي لوجوده بعد المفضي الى الولد فثبوته بعد وطي البالغ وانه اكثر افضاء الى وجود الولد اولى وانما قيدنا بالبالغ لان الزوج الصبي لا يثبت به نسب وان كان العقد وضع للولد ولنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع من قصده وهو سقوط تقومها عند ابي حنيفة ونقصانه عندهما وكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل وبه ينتفي ما قيل فلا يلزمه بمجرد الوطي وما قبل الوطي قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا يتعين عدمه قلنا ولا يتعين وجوده كما قلتم فيبقى على الاصل من العدم واعلم ان اصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رض قال اختصم فيها سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني في ابن وليدة زمعة فقال سعد يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن اخي عتبة بن ابي وقاص عهد الي انه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا اخي يا رسول الله ولد على فراش ابي فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة فلم تره سودة قط رواه الجماعة الا الترمذي واجيب بانه عم انما قضى به لعبد بن زمعة على انه عبد له ورثه لا على انه اخوه ولذا قال هو لك ولم يقل هو اخوك يا عبد وقال احتجبي منه يا سودة ولو كان اخا لها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا دفع بانتفاء لازم الاخوة شرعا والاول باللفظ نفسه ويدفع الاول بان في رواية اخرى هو اخوك يا عبد واما الامر بالاحتجاب فلما رأى من الشبه البين بعتبة فيدفع الاول بان هذه الرواية ح معارضة لرواية هو اخوك وهي ارجح لانها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة والشبه لا يوجب احتجاب اخته شرعا منه والا لوجب الآن وجوبا مستمرا ان كل من اشبه غير ابيه الثابت نسبه منه يجب حكما للشبه احتجاب اخته وعمته وجدته لابيه منه وهو منتف شرعا واذ قوله الولد للفراش ينفي به نسبه عن سعد بانه ابن اخيه وعن عبد بانه اخوه يعني الولد للفراش ولا فراش لواحد من عتبة وزمعة فهو ح عبد لك يا عبد ميراث لك من ابيك واعلم انه روي عن الامام احمد اما الميراث فله واما انت فاحتجبي منه فانه ليس لك باخ فتصريحه بانه ليس اخا لها يفيد انه ليس اخا لعبد بن زمعة وبه تقوى معارضة رواية هو اخوك وقوله اما الميراث فله يفيد انه اخوهما فاما ان يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه او يجمع بان المثبت الاخوة الشرعية والمنفي الاخوة الحقيقة وهو ان يخلقا من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعي في عدم الاحتجاب ان يترتب على الاخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه الا ان هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتا بثبوت النسب ما لم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية ثم يجعل هذا اذ ليس حكما مستمرا على ما ذكرنا خاصا بازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حجابهن منيع وقد قال تعالى لستن كاحد من النساء وعلى هذا يجب حمل الوليدة على انها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله الولد للفراش بمعنى ام الولد وح فقوله هو لك اي مقتضيا لك ويكون المراد انه اخوك كما هو الرواية الاخرى اما ما نقل عن عمر بن الخطاب رض انه قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها انه قد المّ بها الا الحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك او اتركوا رواه الشافعي رح فمعارض بما روي عن عمر رض انه كان يعزل عن جاريته

فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة بعقد النكاح الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتاكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة

فجاءت بولد اسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعي الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلتزمه واسند الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس انه كان ياتي جارية فحملت فقال ليس مني اني اتيتها اتيانا لا اريد به الولد وعن زيد بن ثابت انه كان يطأ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فاعتق الولد وجلدها وعنه انه قال اما ممن حملت فقالت منك فقال كذبت ما وصل اليك ما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطئها والمروي عن عمر رضي الله عنه من قوله انه يلحق بالواطئ مطلقا جاز لكونه علم من بعضهم انكار من يجب عليه استلحاقه وذلك انا بينا ان الواطئ اذا لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكار اولاد الاماء مطلقا فقال لهم اني ملحق بكم اياهم مطلقا واما من علم منه الاعتدال في الامر بان يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفي من يجب عليه نفيه او يجوز فانه لا يتعرض له **قوله** فان جاءت بعد ذلك اي بعد ان اعترف بولدها الاول ثبت نسبه بغير اقرار لانه بالاعتراف بالولد الاول يتبين كون الولد مقصودا من الوطئ فصارت فراشا وبهذا تبين ان الاولى في تعريف الفراش كون المراة مقصودا من وطئها الولد ظاهرا كما في ام الولد فانه اذا اعترف به ظهر قصده ذلك او وضعا شرعيا كالمنكوحة وان لم يقصد الولد يثبت نسب ما ياتي به فانها حينئذ تكون متعينة بثبوت نسب ما تاتي به وهو الذي عرفوا به الفراش وظهر ان ليس الفرش ثلثة كما تقدم في فصل المحرمات بل فراشان قوي هو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش ام الولد بسبب ان ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوة ينتفي نسبه بمجرد نفيه بخلاف المنكوحة لا ينتفي نسب ولدها الا باللعان وقد صرح المصنف فيما تقدم ان الامة ليست بفراش لمولاها وذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المراة متعينة لثبوت نسب ما تاتي به او كونها يقصد بوطئها الولد الى آخر ما قلناه ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة وعلى هذا ينبغي انه لو اعترف فقال كنت اطأ لقصد الولد عند مجيئها بالولد ان يثبت نسب ما اتت به وان لم يقل هو ولدي لان ثبوته بقوله هو ولدي بناء على ان وطئه لقصد الولد وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس ينبغي انه اذا اقر انه كان لا يعزل عنها وحصنها ان يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وان كنا نوجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى ان يوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء واظن ان لا بعد في ان يحكم على المذهب بذلك وفي المبسوط انما يملك نفيه اي نفي ولد ام الولد اذا لم يقض القاضي به او لم يتطاول الزمان فاما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله والتطاول دليل اقراره لانه يوجد منه فيه ما دليل اقراره من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم في التطاول سبق في اللعان هذا وانما يثبت نسب ما تاتي به في حال حل وطئها له بعد الولد اما لو عرض بعده حرمة مؤبدة بان وطئها اب سيدها او ابنه او وطئ السيد امها او ابنتها او حرمت عليه برضاع او بكتابة فانه لا يثبت نسبه الا باستلحاقه ولا يخفى انه يجب ان يفصل بين ان تاتي به لاقل من ستة اشهر من حين عروض الحرمة او لتمامها ففي الاول يجب ان يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بان العلوق كان قبل عروض الحرمة ولو اعتقها ثبت نسب ولدها الى سنتين من يوم الاعتاق وكذا اذا مات لانها معتدة ولا يمكن نفيه لان فراشها تاكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة في العدة بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض او نفاس او صوم او احرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيارها بل مع ذلك العارض الذي يعرض لا باختيارها المقتضي عادة بلا اختيارها **قوله** وهذا الذي ذكرناه يعني من عدم لزوم الولد وان اعترف بالوطئ ما لم يدعه حكم اي في القضاء يعني لا يقضى عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة فاما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروي عن ابي حنيفة انه ان

وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المنتهى وان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا يرى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره

كان حين عليه السلام يعزل عنها وحصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى ان يدعيه بالاجماع لان الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب ان كان عزل عنها وحصنها او لا او لم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مامون جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر وهو كونه منه بسبب ان الظاهر عدم زنى المسلمة يقابله اي يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود احد الدليلين على ذلك وهما العزل او عدم التحصين وبهذا ظهر ان لفظ او في قوله وان عزل عنها او لم يحصنها اولى من الواو لتفضيتها على المراد وصرح في المبسوط بذلك حيث قال فاما اذا عزل عنها او لم يحصنها فله ان ينفيه انتهى ولا شك في ان كونه من غيره عند ضبط العزل ظاهر واما ظهور كونه من غيره اذا انتفى اليها ولم يعزل عنها محل نظر بل اورد ان الشرع علل وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير انزال بانه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضي هذا ثبوت النسب بعد الوطي وان لم ينزل والا تناقض ولا يخفى انه لا احد يقول بثبوت نسب ما تاتي به الامة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا انزال بل انه يثبت عزل عنها او لم يعزل وهذا فرع الانزال فتح فالمذكور في الغسل بيان حكمة النص فانه قد نص على ايجاب الغسل بمجرد الايلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحاق بل لا يجوز ان يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز ان لا يستلحق نسب من ليس منه وكان الاستلحاق مبنيا على اليقين او الظهور الذي لا يقابله ما يوجب شكا **قوله** وفيه روايتان آخريان عن ابي يوسف ومحمد ذكرهما في المبسوط فقال وعن ابي يوسف اذا وطيها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وهذا كمذهب الشافعي والجمهور لان ما ظهر سببه يكون محالا عليه حتى يتبين خلافه عن محمد لا ينبغي ان يدعي ولدها اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي ان يعتق الولد وفي الايضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال قال ابو يوسف احب ان يدعيه وقال محمد احب ان يعتق الولد وعبارة المبسوط يفيد الوجوب **قوله** فان زوجها المولى فجاءت بولد يعني من الزوج فهو في حكم امه حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولا يسعى لاحد وله استخدامه واجارته الا انه اذا كان جارية لا يستمتع بها لانه وطي امها وهذه اجماعية وهي واردة على الطلاقة حيث قال هو في حكم امه وهذا لان الصفات القارة في الامهات تسري الى الولد لانه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ولهذا كان ولد القنة قنا وولد الحرة حرا وان كان ابوه بخلافه ولو ادعاه لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من الزوج لان فراشه اقوى فان كان النكاح فاسدا فانه يلحق بالصحيح في حق الاحكام وهذا اذا اتصل به الدخول والنسب لا يتجزى ثبوتا فلا يثبت من المولى والاوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح والا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر وقول المص لان الفراش يقتضي ان لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير اصلا وهذا اذا جاءت به لستة اشهر من النكاح فان جاءت به لاقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد فيستحب بل يجب ان لا يزوجها حتى يستبرئها بحيضة احتياطا ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وان لم يثبت نسبه منه لاقراره بحريته حيث اعترف انه ابنه من امته تعلق حرا كما تقدم غير انه عارضه في ثبوت النسب منه معارض اقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم تعارضه في ثبوت الحرية ذلك فاخذ بزعمه ولم يستحسن قول المص وتصير ام ولد له لان الكلام في تزويج ام الولد وانما يحسن لو كان في تزويج الامة التي ليست ام ولد كالصورة المذكورة في المبسوط

ويعتق الولد بالتدبير لانه اصله الا انه ... واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام
امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة
والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا
ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رح فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم

زوج امته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه منه ولكن تصير ام ولد له فتعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية وقد تكلف له
ان قوله وولد الملاعنة من ابتدائه وما بعده بناء عليه فكانه قال ولد الملاعنة من وجه يثبت من الزوج او انه زوج ولا يا
نح يستقيم الا انه خلاف الظاهر لانه انما ذكر لبيان سراية وصف الام الى الولد فيكون ابن ام الولد بمنزلتها **قوله** ويعتق الولد
اي ولد ام الولد المزوجة الذي ادعاه فيعتق لانه ملكه وهو يزعم انه ابنه وتصير امه ام ولده فتعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية
حيث ادعى ان ولدها منه وعتق الولد ظاهر لانه اعترف بانه علق من الاصل فان قيل كيف يثبت امومية الولد
مع عدم ثبوت النسب اي مبنية عليه اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوت الاستيلاد وان كان في نفس
مالم يثبت وهذا ما تقدم وعده مع ان احتمال كونه من السيد قائم لجواز وطي قبل النكاح الا انه لم يظهر هذا الاحتمال في حق ثبوت
النسب لثبوته من الزوج فبقي معتبرا في الام لحاجتها الى الامومية الموصلة الى العتق **قوله** واذا مات المولى عتقت يعني ام الولد
من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن
من الثلث وفي نسخة مكان لا يبعن لا يسعين وهو الموافق لتعليله ولا سعاية الخ لقوله لما روينا اي لانه
صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث قال وان لا يسعين وما قيل وان لا يبعن يدل على
عدم وجوب السعاية لان عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدبر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيخ جمال الدين الزيلعي
بعد ذكره انه غريب قال وفي الباب احاديث وساق كثيرا مما قدمنا مما ليس فيه زيادة على انها لا تملك تعتق بالموت ولا يخفى
ان كلها في غير المقصود فان المقصود انها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك فان عتقها لا يستلزم كونه من كل المال
كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد بن المسيب الا ان جماعة تكلموا في عبد الملك **قوله** ولان
الحاجة الى الولد اصلية كحاجته الى الاكل اي حاجته الى امه مساوية لحاجته الى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه لغيبة اذنه لحاجته الى وجود نسبه
كما جاز له اكل ماله للحاجة وحاجته الاصلية متقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الارث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث اذا لم تخرج منه فصار
اعتاقها كالدفن والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج لا من الاصلية اذ ليس ثم نسب وله يتبعه امومية فلا يقدم عتق المدبر
على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان دين السيد مستغرقا سعى في كل قيمته على ما سلف **قوله** ولانها
اي ام الولد ليست بمال متقوم عند ابي حنيفة على ما تقدم حتى لا تضمن بالغصب عنده يعني اذا ماتت عند الغاصب حتف انفها بخلاف المدبر اذا مات
عند الغاصب فانه يضمن وكذا لا يضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت ام ولد بين اثنين فاعتقها احدهما لا يضمن لشريكه شيئا
ولا تسعى هي في شيء اليضا وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدبر انما تضمن بما يضمن به الصبي الحر عند ابي حنيفة بان ذهب بها الى طريق فيها
سباع فاتلفها واجمعوا انها تضمن بالقتل لانه ضمان دم وان لم يكن مالا متقوما لا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص يعني اذا مات من له القصاص وهو
مديون فليس لاصحاب الديون ان يطالبوا من عليه القصاص بدينهم لان القصاص ليس مالا متقوما حتى ياخذوا بمقابلته ما وجب عليه من
القصاص مالا وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من قتله قصاصا وقيل معناه اذا قتل جلادا يوما

وان اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبة لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر رح تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعدما اسلمت واجب وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها لصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حيوته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة لعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رح لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور

ويعني المديون قبل موته يسعى وليس لارباب الديون ان يمنعوه من العفو وقيل اذا قتل شخص من يجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولي القصاص شيئا لانه ليس حقا ماليا والاقرب المتبادر الاول **قوله** واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها يعني اذا اسلمت فعرض الاسلام على مولاها فابى فانه يخرجها القاضي عن ولايته بان يقدر قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة الا انها لا ترد الى الرق ولو عجزت نفسها لانها لو ردت الى الرق ردت الى الكتابة لبقاء اسلامها وهو الموجب فلا فائدة في اثبات حكم التعجيز وعلى هذا اذا اسلم مدبر النصراني وتسميته مثل هذا دورا على التشبيه والا فاللازم ليس الا ما ذكرنا من عدم الفائدة وهذا بحسب الظاهر انها لا تقتدر الا بذلك والا لو وجدت المال في الحال لم يحتج الى ذلك وقال زفر يعتق للحال اي بحال اباء مولاها الاسلام فالسعاية دين عليها تطالب بها وهي حرة فان اسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق بخلاف ما لو اسلم بعدها وقال مالك والظاهرية تعتق مجانا وقال الشافعي واحمد يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها الى ان يموت فتعتق بموته او يسلم فتحل له وجه قولنا ان النظر ودفع الضرر عن الذمي واجب لذمته وعن المسلم لاسلامه وذلك في اعتاقها بالقيمة له بخلافه مجانا كما قال مالك فانه اهدار ما يجب له من النظر اذا امكن واما قول الشافعي ففيه زيادة اضرار به من ايجاب النفقة بلا انتفاع مع امكان دفعه عنه قلنا الامر كما ذكرت غير ان قولنا ادفع للضرر عنها فانه لا يصل الى البدل عقيب عتقها لانها تعتق مفلسة وربما تتوانى في الاكتساب اذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر الذمي بذلك ونتضرر هي بشغل ذمتها بحق ذمي وربما تموت قبل ايفائها حقه وقد قال ... خصومة الذمي والدابة يوم القيامة اشد من خصومة المسلم بخصمه ... ما اذا توقف عتقها على الاداء فانه حامل لها على الايفاء فكان اعتبارنا اولى اذ كان انظر للجانبين وقوله ومالية ام الولد الخ جواب سوال يرد على ابي حنيفة في قوله بنفي مالية ام الولد وهو انها كيف تسعى في قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء المالية عنده فقال الذمي يعتقد تقومها فيترك وما يعتقده اي مع ما يعتقده لانا امرنا بذلك فقدرنا باعتبار انها متقومة في حقه وقد تقدم ان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه ولو سلم انها ليست متقومة مطلقا فهي محترمة وهذا يكفي لايجاب الضمان وان لم يكن المضمون مالا كما في القصاص المشترك بين مستحقين اذا عفا احد الاولياء المستحقين لم يجب المال للباقين لانه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا وليس نصيبهم حقا ماليا بل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة ازالة ملكه بلا بدل فيتضرر الذمي الا ان هذا لو تم استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب ام الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام ووجه ايضا بان بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوم ام الولد وانت سمعت في العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند ابي حنيفة رح بدلا هو مال خارج اليه وان كونه بدل ما ليس بمال قول محمد واذا مات مولاها النصراني عتقت وسقطت عنها السعاية لانها ام ولد له **قوله** ومن استولد امة غيره بالنكاح يعني تزوج امة لغيره فولدت له ثم ملكها صارت ام ولد بذلك الولد الذي ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا وهو قول احمد في رواية وقال الشافعي لا تصير ام ولد له وهو قول مالك وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطي بشبهة فملكها ثم عندنا تصير ام ولد له من وقت ملكها لا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب لان امومية الولد عند الملك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولدها ثبت له حق الحرية ونحن نقول انما ثبت فيها وصف الامومية بعد الملك وان كان بامر متقدم فقبله الولد منفصل ولا سراية في المنفصل قبل الامومية ويتفرع على هذا انه لو ملك ولدا لها من غيره قبل ان يملكها له بيعه عندنا خلافا له لانه ليس ابن ام ولده بخلاف ما لو ملك ولده منها قبل ملكها فانه يعتق اتفاقا وفي المبسوط لو طلقها فتزوجت باخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت ام ولد له وعتق ولده وولدها من غيره يجوز

لما انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فيثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد

بيعه خلافا لزفر بخلاف الحادث في ملكه من غيره فانه في حكم امه ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت او بنكاح على انها حرة فظهرت امة تصير ام ولد عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تصير ام ولده وفي آخر لا تصير ام ولد له وهو ولد المغرور وبوجوب القيمة يوم الخصومة قوله اي للشافعي انها علقت برقيق فلا يكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا وانما قلنا ان الامومية باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل وهو حر فلا بد ان تستحق هي الحرية واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بان الرق في ام الولد مستمر الى موت سيدها والولد علق حرا فقد خالف الجزء الكل وهذا لانه جزء منفصل وليس كالمتصل وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض وانما اقتصر المص اقتصارا للعلم ببقية التقرير وحاصل الوجه المذكور ان جزءها جزء مقتضاه حريتها اذ لا يخالف الجزء الكل الا ان الاتصال بعرضية الانفصال والولد وان كان جزءا حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الاحكام حتى جاز اعتاقه دونها فثبت حق الحرية لها لشبهة الحرية وعدمها لما بقي منها في الحال وهذا المعنى لا يوجد اذا علقت برقيق وتايد هذا بقوله عم ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته فتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق ان تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها ولنا ان سبب الامومة في محل الاجماع وهو الاصل هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل يعني عند قوله اول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد والجزئية انما ثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو ثابت في الزوج فتثبت الامومة بخلاف الزنا فانه لا نسب يثبت للولد من الزاني فيه فلا تصير الامة التي جاءت بولد من الزنا اذا ملكها الزاني ام ولد له استحسانا خلافا لزفر حيث قال تصير ام ولد له وهو القياس فان قيل فكان ينبغي ان لا يعتق الولد اذا ملكه ابوه من الزنا اذا كان لا يثبت نسبه منه اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره اي نظير ام الولد من الزنا حيث لا يعتق عليه لعدم انتسابه الى ابيه من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه لا ينسب اليه بغير واسطة بل بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما اذا كان اخاه لامه فصار الحاصل ان الامومة تتبع ثبوت النسب عند الملك والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك او ثبوت الانتساب اليه بواسطة ثابتة وقوله عم ايما امة الحديث ليس فيه قصر الامومة على السيد بل انها تثبت منه غير متعرض لنفيها عن غيره فاذا صح تعليقه ثبوت النسب بها يأتي به منه يثبت من غيره اذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا الا ان نفي المفهوم المخالف وهم وان اثبتوا قدموا عليه القياس فاذا صح قياس الزوج على السيد في ثبوت الامومة لزم على المذهبين الا انه يشكل على تعليلنا اذا ادعى نسب ولد امته التي زوجها من غيره فان نسبه انما يثبت من الغير لا من السيد وتصير ام ولد له وجوابه ان ثبوت الامومة لاقراره بثبوت عبده ن
النسب منه وان لم يصدقه الشرع وكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا او اعترافا ومما تنتفي منه الامومة ما ذكر فيه الايضاح امة جاءت بولد فادعاه اجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى او كذبه فان ملكه المدعي عتق ولا تصير امه ام ولد له قوله واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد للاب سواء كان الابن وطئها او لا لان حرمة الوطئ لا تمنع ثبوت النسب كالوطئ الحائض وعليه قيمتها لانه ملكها قبل الوطئ بالقيمة ليقع الوطئ في ملكه وليس عليه عقرها لسبق ملكه الوطئ ولا قيمة ولدها لانه انعلق النعقد ن

وان وطئ ابن الابن مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال بقاء الاب ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت نسبه من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين

ط التقدم الملك على الام وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في باب النكاح الرقيق من كتاب النكاح للشافعي قولان احدهما تصير ام ولد وتضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على اثباته الملك حكما للوطي اذ لو اثبته سابقا عليه لم يتجه له ايجاب المهر والقول الآخر لا تصير ام ولد ويلزم المهر لانه لم يملكها وهو قول احمد وعلى هذا يستمر على ملك الابن ومذهب مالك انه يملكها بالقيمة بمجرد الوطي حملت او لا واذا كان تملكها لا نشاء عرف انه لا يصح دعواه ولد مدبرة ابنه ولا ام ولده اذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما فان كان في لفظ الجارية عرف بخروجهما فقد اخرجهما باللفظ والا فبالحكم المذكور في المسئلة وشرط صحة هذا الاستيلاد ان تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق اذا وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة ايضا فلو باع الابن الجارية ثم عادت اليه بشراء ورد ولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها فادعاه الاب لم يصح دعوته الا ان يصدقه الابن كما اذا ادعى الاجنبي ذلك وصدقه وكذا دعوة الجد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب كافرا ثم اسلم او عبدا فعتق او مجنونا فافاق فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من الاسلام والعتق والافاقة الى الدعوة فادعاه لا يصح لعدم الولاية الا ان يصدقه اما المعتوه لو ادعاه بعد افاقته وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر من افاقته ففي القياس لا يصح لعدم ولايته عند العلوق وفي الاستحسان يصح لان العتة لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعي مرتدا فهي موقوفة عند ابي حنيفة ان عاد الى الاسلام صحت والا لا وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لانه يملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغي ان يتوقف عندهما ايضا لان تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما ايضا لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه وفيه لا يتوقف لا سيما في النسب لانه يحتاط في اثباته فينفذ **قوله** وان وطئ ابن الابن مع بقاء الاب مسلما حرا عاقلا لم يثبت النسب منه لان شرط الصحة قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الاب متصفا بما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا او حيا كافرا او عبدا او مجنونا فان الجد يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته في هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد وعند ابي حنيفة موقوفة فان اسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردته او لحق وقضي بلحاقه صحت ولو باع ابن الابن الجارية حاملا ثم استردها فولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الاب **قوله** واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه سواء كانت في المرض او الصحة وهذا اذا ادعى احدهما واعتق الآخر معا فالدعوة اولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق الآخر وسواء كان المدعي مسلما او كافرا لانه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية يثبت في الباقي ولفظ في يحمل على معنى من التي لابتداء الغاية اي ثبت من نصف الامة المملوكة او لا تكون للتعليل كقوله ان امراة دخلت النار في هرة اي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفها المملوك له لان قوله ثبت في الباقي يبتنى عنه وحاصل المعنى انه ثبت النسب من نصف الام فيثبت من كلها لانه اي النسب لا يتجزى ثبوته من امراة فثبوته عن بعضها هو عين ثبوته من كلها ولا يقال سياتي انه يثبت من رجلين بالنسبة الى امرأة واحدة لانا نقول ليس في ذلك تجزية من امراة لان النسب ثبت من كلها الكل منهما لا من بعضها الواحد ومن البعض الآخر وانما لا يتجزى لان سببه وهو العلوق لا يتجزى في امراة بان يعلق الولد من ماء رجلين على قولنا لانها اذا علقت من الاول انسد فم الرحم فلا تعلق من الآخر وعلى قول غيرنا لا يمتنع بل واقع على قول بعض مثبتي القيافة على ما سياتي فعدم التجزي ان لا تعلق

وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابى حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف عقرها لانه وطى جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك

الولد بنصفها **قوله** وصارت ام ولد له اتفاقات اما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزى كما لا يتجزى ثبوت النسب فلا يصير نصفها ام ولد له ثم يتملك نصف شريكه بل تصير كلها ام ولد وعنده يصير نصفها ام ولد ثم يتملك الآخر لانه قابل للنقل ولا يمتنع تجزى الامومة كما امتنع تجزى ثبوت النسب لان معنى كونها ام ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزى عنده بمعنى زوال الملك فجازت امومة نصفها بمعنى انه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء فى الباقى او اعتاقه او غيره آخر ما عرف لكن لما كان النص المفيد لتجزى العتق اوجب ان لا يقر بعضه عتيقا وبعضه رقيقا والامومة شعبة من العتق وجب فيها اذا صار بعضها ام ولد بمعنى استحق بعضها العتق ان يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقا وبعضها مستحقا للعتق والحاصل ان الاتفاق على انه لا يستقر تجزيها فى حق الامومة بل التجزى فى الابتداء ثم يتم الكل عنده وعندهما صارت ام ولد من اول الامر ثم لا يخفى ان تعليل يملك نصيب شريكه بانه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل يقال سافر للتجارة والعلم ولو قيل لامن الطريق عد جنونا وكونه افسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعيين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك بل الثابت به جواز ان يضمنه وللانسان ترك حقه وههنا لو رضى الشريك بترك تضمينه فليصير نصفها ملكا له ونصفها ام ولد للآخر فلو مات المستولد يعتق نصفها ويرق نصفها الآخر او يسعى له اذ ذاك لا يجوز فليس الموجب للنقل الا ما قلنا من النص الدال على انه اذا اعتق البعض لا يبقى البعض رقيقا والحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطيها الذى علقت منه وكذا نصف العقر وانما وجب نصف عقرها على المستولد لانه وطى جارية مشتركة لان الملك فى نصف شريكه ثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه وهو وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو مسبوق بالوطى وبابتدائه ثبت بالمهر فلا يسقط بالانزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما اصاب حصته ويضمن حصة شريكه وما قيل الاصح ان حكم العلة يقارنها فى الخارج لم يخترعه المص وقد ملا الكتاب من ذلك واوله من باب من تجوز دفع الصدقة فى خلافية زفر فيما اذا دفع النصاب الفقير منعه زفر لان الدفع قارن الغنى فاجاب بانه حكم الدفع فيتعقبه ثم لم يزل مكرره فى كل ما هو مثله ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم فى يساره واعساره لانه ضمان تملك كالبيع وعن ابى يوسف ان كان المدعى معسرا سعت ام الولد لان منفعة الاستيلاد حصلت لها وانما لا يضمن الاب اذا استولد جارية ابنه العقر لان ملكه ثبت شرطا للاستيلاد لانه لا ملك له يكفى لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطى فى ملكه فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو العلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطى اجيب بان الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذى يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفصل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذى به الاستيلاد ومنه الوطى فاعتبر مقدما عليه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق وملكه يثبت فى ذلك مثل ذلك الوقت ايضا فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك بل علق حرا فلا يضمن له شيئا واعلم ان مقتضى ما ذكره المص من ان الملك فى نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه ان العلوق قبل ذلك نصيب شريكه فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه واستناد النسب الى العلوق بعد ما وقع فى ملك الشريك لا يوجب ان لا يعلق منه شئ على ملكه للاتفاق يمكن كونه اراد بالاستيلاد فى قوله حكما للاستيلاد الوطى لانا نقول الاستيلاد اما ان يطلق على العلوق او على مجموع الوطى مع الانزال والعلوق

وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رح يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه السلام بقول القائف في اسامة

اما مجرد الوطء بلا انزال فلا ولو سلم لم يصح ثبوت الملك لان نقله من ملك الشريك الى ملك المستولد بصيرورتها ام ولد له ولا تصير الا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لانه بلا موجب والاعتراض السابق بان حكم العلة معها في الاصح لا يفيد لان نقله مع العلوق ايضا بلا موجب لانها ما لم تصر ام ولد لم يلزم النقل فالوجه جعله معقبا للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لانه ح ماء مهين لا قيمة له فلا يضمن وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لان الام حين انقلبت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها ومن جملتها ذلك الماء هذا اذا حملت على ملكهما فان اشتريا حاملا فادعاه احدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الاستيلاد الى وقت العلوق لانه لم يحصل في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوة ملك وهي كالاعتاق الموقع الا انه تضمن تغييب شريكه في اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع ولا عقر لشريكه هنا لان الوطء لم يوجد في ملك شريكه **قوله وان ادعياه معا ثبت** نسبه منهما وكانت الامة ام ولد لهما تخدم كلا منهما يوما واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للحي في تركة الميت لرضى كل منهما بعتقها بعد الموت ولا تسعى للحي عند ابي حنيفة لعدم تقومها وعلى قولهما تسعى في نصف قيمتها له ولو اعتقها احدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية في قول ابي حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر فيلتقيان قصاصا بماله على الآخر وفائدة الايجاب العقر مع التقاص انه لو ان احدهما او ابرأ احدهما عن حقه يبقى حق الآخر وايضا لو قوم نصيب احدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له ان يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد فهذه احكام دعوتهما ذكرها القدوري ومنها انه للباقي منهما حتى اذا مات احدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما وفرق المص بينهما بوجه كل منهما فقال وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما جميعا وسيفيده بما اذا لم يكن مع احدهما مرجح فلو كان بان الشريكان ابا وابنا فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان احدهما ذميا يثبت من المسلم وحده وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلما وقيد هنا بما اذا حملت على ملكهما وهو ان تلده لتمام ستة اشهر يعني فصاعدا ولو سنتين منذ ملكاها واحترز به عما اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فولدت لاقل من ستة اشهر من الشراء فادعياه فهي ام ولد للزوج فان نصيبه صار ام ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما والابقاء وعنده فيثبت في نصيب شريكه ايضا وايضا ما اذا حملت على ملك احدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت يعني لتمام ستة اشهر من بيع النصف فادعياه يكون الاول اولى لكون العلوق في ملكه واذا كان الحمل قبل ملك كل منهما بان اشتريا امة فولدت لاقل من ستة اشهر من حين ملكاها او ولدته قبل ملكهما اياها فاشترياها فادعياه لا تكون ام ولد لهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاد بان شرطها كون العلوق في الملك وتستند الحرية الى وقت العلوق فيعلق حرا وقدمنا في كتاب العتق اختلاف المشايخ فيما اذا قال لعبد هذا ابني وامه في ملكه هل تصير ام ولد له او لا قيل نعم مجهول النسب او معلومه وقيل لا فيهما وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه فيحمل ذلك على انه حكمنا عند جهلنا بحال العلوق وبقولنا قال سفيان الثوري واسحق بن راهويه وكان الشافعي يقوله في القديم ورجح عليه احمد حديث القافة وقيل يعمل به اذا فقدت القافة وقال الشافعي يرجع الى قول القائف فان لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب

وقد كتب عمر رضه الى شريح في هذه الحادثة لبّسا فلبّس عليهما ولو بيّنا لبيّن لهما وهو ابنهما يرثهما ويرثانه وللباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضه ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب

الى ابيها شاء. فان لم ينتسب الى واحد منهما كان نسبه موقوفا لا يثبت النسب من غير امه والقائف هو الذي يتبع آثار الآباء في الابناء وغيرها من الآثار من قاف اثره يقوفه مقلوب قفا اثره مثل راء مقلوب رأى والقيافة مشهورة في بني مدلج فان لم يكن مدلجي نعتبره وهو قول احمد وقال به مالك في الاماء وهذا لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا بان الولد لا يتخلق من مائين لانها كما تعلق من رجل انسد فم الرحم متعذر فعملنا بالشبه وهذا يفيد ان القافة لو الحقوه بهما لا يلحق وهو قول الشافعي انه يبطل قولهم اذا الحقوه بهما وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما اخرج في كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضه قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عائشة الم تري ان مجززا المدلجي دخل علي وعندي اسامة بن زيد وزيد عليهما قطيفة وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض وقال ابو داؤد وكان اسامة اسود وكان زيد ابيض ولنا كتاب عمر رضه الى شريح في هذه الحادثة ذكر ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب اليه عمر رضه انهما لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع والله اعلم بذلك قال ولانهما استويا في سبب الاستحقاق يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية كالارث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فلا يقبل التجزي كالارث وما ذكرنا يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها كالنسب وولاية الانكاح يثبت لكل منهما كملا كان ليس معه غيره واعلم ان المعروف في قصة عمر رضه هو ما قال سعيد بن منصور ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضه في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وقال الشعبي وعلي يقول هو ابنهما وهما ابواه يرثانه ذكره سعيد ايضا وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر رضه فدعا القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فالحقه بهما فجعله يرثهما ويرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعا عمر القافة واقتدى في ذلك ببعض القافة والحقه احد الرجلين ثم ذكر ايضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن ايوب عن ابن سيرين قال لما دعا عمر رضه القافة فرأوا شبهه فيهما ورأى عمر مثل ما رأى القافة قال قد كنت اعلم ان الكلبة تلد لا كلب فيكون كل جرو لابيه ما كنت ارى ان مائين يجتمعان في ولد واحد واسند عبد الرزاق ايضا عن معمر عن قتادة قال رأى القافة وعمر جميعا شبهه فيهما وشبههما فيه وقال هو بينهما يرثهما ويرثانه قال فذكرت ذلك لابن المسيب فقال نعم هو للآخر منهما وقول الصحابة وعن علي مثل ذلك يشير الى ما اخرج الطحاوي في شرح الآثار عن مالك عن مولى لآل مخزوم قال وقع رجلان في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من ايهما هو فاتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منهما ورواه عبد الرزاق اخبرنا سفيان الثوري عن قابوس بن ابي ظبيان عن علي قال اتاه رجلان وقعا على امرأة في طهر فقال الولد بينكما وهو للباقي منكما وضعفه البيهقي قال يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه وقابوس وهو غير محتج به عن ابي ظبيان عن علي قال وقد روي عن علي مرفوع خلاف ذلك ثم اخرج من طريق ابي داؤد ثنا خشيش بن اصرم ثنا عبد الرزاق انا الثوري عن صالح الهمداني عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن ارقم قال اتي علي رضه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد فسأل اثنين اتقران لهذا بالولد قالا لا حتى سألهم جميعا فجعل كلما سأل اثنين

باب

وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره

قال الا فاقرع بينهم فالحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى
بدت نواجذه انتهى واعلم ان ابا داود رواه ايضا موقوفا وكذا النسائي عن علي رضي باسناد اجود من اسناد المرفوع وكذا رواه الحميدي
في مسنده وقال فيه وغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبيه وهو حسن يبين المراد بالدية فيما قبله وحاصل ما تحصل من هذا انه صلى الله عليه وسلم
سر بقول القائف وان عمر رضي قضى على وفق قوله وانه عم لم ينكر اثبات علي النسب بالقرعة ولا شك ان المعول عليه ما ينسب الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم وذلك هو سروره بقول القائف فاجاب المصنف عنه بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة لما
تقدم من ابي داود انه كان اسامة اسود وكان زيد ابيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون القائف فكان قول
القائف مثلقا لطعنهم فسروره لا شك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التاذي بنفي نسبه وظهور خطائهم والرد عليهم ثم يحتمل
مع ذلك كون القيافة حقا في نفسها فيكون متعلق سروره ايضا وليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم ان حكمنا بكون سروره
بها نفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد وطعن يطعن بضم عين المضارع بالرمح وفي النسب واعلم انه استدل
على صحة القيافة بحديث اللعان حديث قال عم فيه ان جاءت به اصيهب اثيبج حمش الساقين فهو لزوجها وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج
الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به وهذه هي القيافة وهو الحكم بالشبه واجاب اصحابنا بان معرفته ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي
لا للقيافة وقد يقال الظاهر عند ارادة تعريفه ان يعرف انه ابن فلان والحق انه ينقلب عليهم لانه لو كانت
القيافة معتبرة لكانت شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرمي به ليشبه الزوج او لا لحصول الحكم الشرعي
بانه ليس ابنا للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسبة الولد واجيب ايضا بانه لا يلزم من حقية قيافته صلى الله
عليه وسلم حقية قيافة غيره وفيه نظر فان القيافة ليس الا باعتبار امور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها ثم انه عم
سر بعمل مجزز وهو الحاقه بالقرعة وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريقة صحيحة لتقريره عم اياه بل سروره به فان
الضحك دليل مع عدم الانكار واذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه غير انه يبقى ما ثبت عن عمر رضي من العمل بقول القائف فانه من القوة بكثرة الطرق بحيث
لا يعارضه المروي عنه في قصة شريح لخفائها وعدم تثبتها وان كانت قصته مرسلة فان سليمان بن يسار عن عمر مرسل وكذا عروة عنه لكنهما اماما ن
الا عن قوي امين مع حجية المرسل عندنا فكيف بمن هذين على ان قول سعيد بن المسيب في اسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول لان سعيدا
روي عن عمر رضي وبالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا واذا ثبت عمل عمر بالقافة لزم ان ذلك الاحتمال في سروره عم وهو كون الحقية من متعلقاته
ثابت والشافعي رح لما لم يقل بنسبة الولد الى اثنين يلزمه اعتقاد ان فعل عمر رضي كان عن راية لا بقول القائف فيلزمه القول بثبوت
النسب من اثنين او خل محل الاجماع عن الصحابة وهو ملزوم لاحد الامرين اما سروره عم لم يكن متعلقا الا برد طعنهم او ثبوت نسخه وبه نقول
الا انا لا نقول انه من مائهما كما يفهم من بعض الروايات ان المائين لا يجتمعان في الرحم الا متعاقبين فاذا فسد علم انه خلق من الاول لم يتصور خلقه
من الثاني بل انه يزيد في الاول في سمعه قوة وفي بصره واعضائه واما التعليل بانه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا ان الحامل
لا تحيض فاما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بانه في نفس الامر من ماء احدهما

الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر او كان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح فی حق المسلم وهو الاسلام وفی حق الاب وهو ما له من الحق فی نصيب الابن وسُرَّ النبی عليه السلام فيما روی لان الكفار كانوا يطعنون فی نسب اسامة وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسُرّ به وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما فی نصيبه فی الولد فيصير نصيبه منها ام ولد تبعا لولدها وعلی كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له علی الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة فی حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما فی السبب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولی جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابی يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعی ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولی لا يملك التصرف فی اكساب مكاتبه حتی لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن

ثم كما يثبت نسبه من اثنين ثبت نسبه من ثلاثة واربعة وخمسة واكثر وقال ابو يوسف لا يثبت من اكثر من اثنين لان القياس ينفی ثبوته من اثنين لكنه ترك لاثر عمر وقال محمد رح لا يثبت لاكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين ولابی حنيفة رح ان سبب ثبوت النسب من اكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان تقضی به بينهما عند ابی حنيفة رح وعندهما لا يقضی للمرأتين فلا يلحق الا بام واحدة ولا فرق بين كون الانصباء متفاوتة او متساوية فی الجارية فی دعوی الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم انه ابنه من هذه المرأة وهی تصدقه فعند ابی حنيفة يقضی به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضی به بين الرجلين فيسقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضی به بينهم وعندهما يقضی به للرجل لا للمرأتين **قوله** الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر استثناء من قوله وما لا يقبلها وعلمت ان النسب يثبت فی حق كل منهما كملا وفی المبسوط امة بين مسلم وذمی ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم اولی لاجتماع الحرية والاسلام فيه مع الملك فانه لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمی اولی لانه حر والمكاتب والعبد وان كانا مسلمين لكن يبدأ الولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد علی شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتب فادعی المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانه ليس لهم ملك ولا شبهة قيل ويجب ان يكون هذا الجواب فی العبد المحجور وهبت له امة ولا يتعين ذلك بل ان يتزوج منها ايضا ولو كانت الدعوة بين ذمی ومرتد فالولد للمرتد لانه اقرب الی الاسلام ويغرم كل لصاحبه نصف العقر **قوله** وكانت الام ام ولد لهما لصحة دعوی كل منهما فی نصيب الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئا لانه لم ينتقل اليه من نصيب شريكه شیء **قوله** ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله حيث ادعی انه ابنه وحده واقراره حجة فی حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لان دعوی كل منهما الانفراد بالابوة لا يسری فی حق الآخر وقد استويا فی سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصار كما اذا اقاما البينة علی شیء يصير مشتركا بينهما فكذا اذا اقاما البينة علی ابن مجهول النسب يكون بينهما للاتحاد الجامع **قوله** واذا وطئ المولی جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوما من الدهر ثبت نسبه منه لما سيذكر وعن ابی يوسف رح لانه لا يعتبر تصديقه بل يثبت نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر الی تصديقه وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتبارا بالاب يدعی ولد جارية ابنه بجامع ان الموطوءة كسب كسب المدعی او بطريق اولی لان للمولی فی المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للوالد ملك حقيقة فی رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك اقوی من حق التملك فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الاب بمجرد دعوته من غير افتقار الی تصديقه فالثبوت من المولی اولی وجه الظاهر وهو الفرق بين جارية الابن وجارية المكاتب ان المولی لا يملك التصرف فی اكساب مكاتبه بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتی لا يثبت له حق تملكه والاب يملك تملكه لحاجته علی ما عرف فلا معتبر بتصديقه وهذا بخلاف الوارث يستولد امة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق احد لانه صاحب حق حتی ملك استخلاص ما يشاء من التركة باعطاء قيمته فليس احد احق منه ليحتاج الی تصديقه بخلاف البائع يدعی ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ووجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع وهنا ان حصل العلوق فی ملك المولی لرقبة

وعليه عقرها لانه لايتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما ذكرناه وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

المكاتب لكن لم يحصل في ملكه للجناية ملكا خاصا واعترض بانه لامعنى لاشتراط التصديق لانه اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر بل غايته انه اعترف له انه وطئ الجارية فيقتضي ان لا يثبت النسب اذ لم يرتفع به المانع من ثبوته الا يرى انه لو اقام البينة على انه وطئها لا يثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة اقوى من التصديق فظهر اشتراط التصديق وقد يجاب بان هذا الحجر بحق آدمي لكونه هو احق بالدعوى فلا يظهر حقه في الاستلحاق في مقابلة من هو احق به منه الا ان يصدقه لجواز ان يكذبه بان يدعيه هو فلا بد من استعلام تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا اقام بينة على الوطئ فان تكذيبه قائم واعتبار التصديق ليس باستعلام الوطئ قطعا بل تقديما للاحق على غيره بخلاف احد الشريكين اذا استلحق فانه لا يتوقف على تصديق الآخر لانه ليس احدهما احق من الآخر **قوله** وعليه عقرها للمكاتب لانه اي لان وطئه المدلول عليه بقول فاذا وطئ المولى لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق اي حق الملك كاف لصحة الاستيلاد لما ذكرنا يعني قوله عقيبه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك في الجارية فقدمنا ملكه ايا لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لانه وطئ امة نفسه واذا وجب لنفس المكاتبة العقر اذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطئ امتها اولى وابعد شارح فقال اي لما تذكره في كتاب المكاتب من انه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع ان مجرد ثبوت حق في ذمة سيد امة لا يصحح استيلاد صاحب الدين فلقد تناوله من مكان بعيد وهو اقرب اليه من حبل الوريد **قوله** وقيمة ولدها عطف على عقرها اي عليه قيمة الولد لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انها اي الجارية بتاويل الشخص كسب كسبه فلم يرض برقه حيث اعتمد دليلا يوجب حريته فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه كما ان المغرور بشراء امة استولدها فاستحقت اعتمد دليلا هو البيع فجعل عذرا في حرية الولد بالقيمة الا ان قيمة الولد هنا يعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق ان العلوق هنا حصل في ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لمالكها الا انه محجور بحجر شرعي عنها فشرط تصديقه فاذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في اقرب اوقات الامكان واما المغرور فضمانه قيمة الولد لانه امانة حبسها عن صاحبها تقديرا ثم لا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ام ولد المغرور بالمبيعة المستحقة لا يكون ام ولد له ولا تناقض بين قوله لا تصير ام ولد وبين قوله ان ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه اول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه واما ثبوت امومية الولد للام فانما هو لازم في بعض الصور وهو اكثرها دون بعض وليس هذا يلزم نفي ما اثبته ثم اذا ملك هذه الجارية يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب **قوله** وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا اي من انه لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه فلو ملكه اي لو ملك الولد يوما من الدهر ثبت نسبه منه وكان ولدا له لقيام الموجب وهو اقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب **فروع** تقدم في رجل فجر بامة فولدت ثم اشتراها لا تصير ام ولد له استحسانا وان اشترى الولد عتق الولد عليه وفي المحيط يجوز اعتاق ام الولد وكتابتها لتعجيل الحرية وكذا تدبيرها لانه يجتمع لها سببا حرية وفي غيرها لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفي جامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال

فيعتبر يوم

كتاب الأيمان

ولا تسعى في دين وفي الكافي امة بين رجلين قالا في صحتها هي ام ولد احدنا ثم مات احدهما يؤمر الحي بالبيان دون الورثة لانه يخبر عن نفسه والورثة يخبر بفعل غيرهم فان قال الحي هي ام ولدي فهي ام ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيئا لانه لما اقر بوطيها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل ولو قال هي ام ولد الميت عتقت صدقته او كذبته لانه ان صدق فهي حرة فان كذب فكذلك لاقراره بعتقها بموته ولا سعاية للحي لانه يدعي الضمان على الميت وكذا للورثة لانهم يدعون عليه الضمان اكثر بيو في اقراره وان صدقوه فقد اقروا بعدم السعاية والله الموفق.

كتاب الايمان

اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح في ان الهزل والاكراه لا يؤثر فيه الا انه قدم على الكل النكاح لانه اقرب الى العبادات كما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققه فايلاؤه اياه اوجه واختص العتاق عن الايمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته اياه في تمام معناه الذي هو الاسقاط وفي لازمه الشرعي الذي هو السراية فقدمه على اليمين و لفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوة لغة والاولان ظاهران وشاهد القوة قوله تعالى لاخذنا منه باليمين وقول الشماخ وقيل الحطيئة. رايت عرابة الاوسي يسمو. الى الخيرات منقطع القرين. اذا ما راية رفعت لمجد. تلقاها عرابة باليمين. اي بالقوة ثم قولهم انما سمي القسم يمينا لوجهين احدهما ان اليمين هو القوة والحالف يتقوى بالاقسام على الحمل او المنع والثاني انهم كانوا يتماسكون بايمانهم عند القسم فسميت بذلك يفيد انه لفظ منقول ومفهومه اللغوي جملة اولى انشائية صريحة الجزئين اولي يؤكد بها جملة بعدها خبرية وترك لفظ اولى يصير غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه فان الاولى هي المؤكدة بالثانية من التوكيد اللفظي وجملة اعم من الفعلية كحلفت بالله لا فعلن او احلف والاسمية مقدمة الخبر كعلي عهد الله او مؤخرته نحو لعمرك لافعلن وهو مثال ايضا لغير المصرح بجزئيها ومنه والله وتالله فان الحرف جعل عوضا عن الفعل واسماء هذا المعنى التوكيدي ستة الحلف والقسم والعهد والميثاق والايلاء واليمين وخرج بانشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق فان الاولى ليست انشائية فليست التعاليق ايمانا لغة واما مفهومه الاصطلاحي فجملة اولى انشائية مقسم فيها باسم الله او صفته يؤكد بها مضمون ثانية في نفس السامع ظاهرا وتحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهرا الغموس او التزام مكروه كفرا وزوال ملك على تقدير ليمنع عنه او محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل ان فعل فهو يهودي فان دخلت فانت طالق بضم التاء لمنع نفسه وبفتحها لمنعها فان بشرتني فانت حر وسببها الغائي تارة ايقاع صدقه في نفس السامع وتارة حمل نفسه او غيره على الفعل او الترك فبين المفهوم اللغوي والشرعي عموم من وجه لتصادقهما في اليمين بالله وانفراد اللغوي في الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الاصطلاحي في التعليقات ثم قيل يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله الحديث والاكثر على انه لا يكره لانه لمنع نفسه او غيره ومحل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم وركنها اللفظ الخاص واما شرطها فالعقل والبلوغ وحكمها الذي يلزم وجودها وجوب البر

قال الايمان على ثلثة اضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رح فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متاخر متعلق باختيار مبتدء وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق

فيما اذا عقدت على طاعة او ترك معصية فيثبت وجوبان لامرين الفعل والبر ووجوب الحنث في الحلف على ضدهما وندبه فيما اذا كان عدم المحلوف عليه جائزا وسياتي واذا حنث فيما يجوز فيه الحنث او يحرم لزمته الكفارة **قوله** اليمين على ثلثة اضرب يمين الغموس والاصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا الاضافة واما يمين الغموس فاضافة الموصوف الى صفته وهي ممنوعة وما قيل هو كعلم الطب رد بانه اضافة الجنس الى نوعه لان الطب نوع لا وصف للمضاف ومثل صلوة الاولى مقصور على السماع وسميت غموسا لغمسها صاحبها في الاثم ثم في النار فعول بمعنى فاعلة بصيغة المبالغة **قوله** فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب به وليس هذا بقيد بل الحلف على الحال ايضا كذلك كوالله ماله هذا على دين وهو يعلم خلافه والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة واقرب الالفاظ اليه ما في صحيح ابن حبان من حديث ابي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرء مسلم حرم الله عليه الجنة وادخله النار وفي الصحيحين لقي الله وهو عليه غضبان وفي سنن ابي داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوء مقعده من النار والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم اي المحبوس عليها لانها مصبورة عليها **قوله** ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وهو قول اكثر العلماء منهم مالك واحمد رح وقال الشافعي رح فيها الكفارة لانها شرعت في الاصل وهي المعقودة لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تع وقد تحقق في الغموس فيتعدى اليه وجوبها ولنا انها كبيرة محضة لما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابن عمر رضا عنه عليه الصلوة والسلام الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها اسے بما هو كبيرة بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيه ذنب بان يحنث في موضع وجوب البر على ما ذكرنا من التفصيل فهو متاخر متعلق باختيار مبتدأ غير مقارن متحد بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع الالحاق وحاصل هذا ابداء وصف في الاصل وهو كونه مباحا وادعاء كونه جزأ الموثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار ويجاب بان الموجب فيه العود لا نفس الظهار قال تع ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو مباح لكونه امساكا بالمعروف وبالافطار في رمضان ولو بخمر او زنى اجيب الكفارة باعتبار الفطر العمد المشتمل ويجب الحد باعتبار انها في انفسها كبيرة ولخصه آخر بان ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحد بالاول والكفارة بالثاني ونقض ايضا بقتل المحرم صيدا عمدا واجيب بان عين الفعل ليس حراما حتى لو فعله في غير الاحرام والحرم لم يحرم وانما حرم باحرامه وبالحرم لا بنفسه وصحح شارح الايراد ومنع نفي كون المعصية سببا للكفارة وجعل المذكور من الاجوبة خبطا ولم يبين موضع الفساد فيها وهو واضح لان كلامهم هذا يقتضي تقييد قولهم المعصية لا تصلح سببا للكفارة لكونها عبادة بما اذا كان حراما لعينه ومرجعه الى التحسين والتقبيح في الفعل لذاته وهو منتف عند الاشعرية وهو قليل بدا كانه لا يزيد على الكفر والظلم وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لان اليمين في نفسه مباح او عبادة اذ هو ذكر الله تع على وجه التعظيم وهذا لا يسقط من قلب المؤمن الحالف بحموسا الا كانت كفرا او انها روح باطلة بقبحها ليس الا لعدم مطابقة المحلوف عليه او لقصده ذلك وذلك خارج عن اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره على ان كون حرمة السبب يمنع مناسبتها للعبادة لا يفصل بين كون الحرمة لعينه او لغيره ولو قيل لا يلزم من شرعية الكفارة جابرة او ساترة في ذنب اخف شرعيتها كذلك في ذنب اعظم

والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم الآية الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره

كان اوجه وللشافعي ره ايضا الغموس مكسوبة بالقلب والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم وبين سبحانه تعالى المراد بالمؤاخذة بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته فتعين ان المراد بها الكفارة والجواب ان المؤاخذة مطلقا في الآخرة وهي المراد بالمؤاخذة في المكسوبة والمراد بها في المعقودة الكفارة كما ذكر قالوا الغموس داخلة في المعقودة فتجب الكفارة بها في النص من غير حاجة الى زيادة تكلف والجواب منع انها معقودة لانها ربط في الشرع بالاسم العظيم معنى على وجه حمله عليه في المستقبل او منعه منه فاذا حنث انحلت لارتفاع المانع والحامل او لتوكيد صدقه الظاهر فاذا طابق الخبر مرة انحلت ولا شك ان بالحنث تنحل اليمين والغموس قارنها ما يحلها وهو ما لو طرأ عليها رفعها وحلها فلم تنعقد لانه اذا قارنها منع الانعقاد كالردة والرضاع في النكاح بخلاف مس السماء ونحوه فانه لم يقارنها لانها عقدت على امر في المستقبل فما يحلها هو انعدامه في المستقبل لا في الحال وعلى هذا قيل الغموس ليست يمينا حقيقية لان اليمين الشرعية تعقد للبر وهو غير ممكن فيها وما قطع بانتفاء فائدته شرعا يقطع بانتفائه شرعا وتسميتها يمينا مجازا بعلاقة الصورة كالفرس للصورة المنقوشة وهو من الحقيقة اللغوية وعلى احدهما يحمل قوله عليه الصلوة والسلام واليمين الفاجرة ونحوه على ما ذكرناه واعلم ان المعقودة عند الشافعي ليست سوى المكسوبة بالقلب في كون الغموس قارنها الحنث لا ينفي الانعقاد عنده وكونها لا تسمى يمينا لانها لم تعقد للبر لا شك في تسميتها يمينا لغة وعرفا وشرعا بحيث لا تقبل التشكيك فليس الوجه الا ما قدمنا من ان شرعية الكفارة لرفع ذنب اصغر لا يستلزم شرعها لرفع الاكبر واذا ادخلها في مسمى المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم الى غموس وغيرها عسر النظر معه الا ان يكون لغة او سمعا وقد روى الامام احمد في مسنده باسناد جيد صرح بجودته ابن عبد الهادي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث مطول قال فيه خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله عز وجل وقتل النفس بغير حق وبهت مؤمن والفرار من الزحف ويمين صابرة يقتطع بها مالا بغير حق انتهى وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليمين المصبورة على مال كاذبا وغيرها وصابرة بمعنى مصبورة كعيشة راضية وتقدم ان المصبورة المنتهي لها لانها مصبور عليها اي محبوس والصبر حبس النفس على المكروه ومنه قتله صبرا اذا لم يكن في حال تصرفه ورفعه مختارا عن نفسه قوله والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وما في قوله ما يحلف مصدرية اي الحلف على امر في المستقبل وهذا يفيد ان الحلف على ماض صادقا فيه كوالله لقد قدم زيد امس لا تسمى منعقدة ويقتضي انها اما ليست بيمين وهو بعيد او زيادة اقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق وفي كلام شمس الائمة ما يفيد انها من قبيل اللغو فان اراد لغة فممنوع لانه ما لا فائدة له وفي هذا اليمين فائدة تأكيد صدقه في خبره عند السامع وان اراد دخولها في اللغو المذكور في الآية بحسب الارادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه ولم يقل احد بذلك فكان خارجا عن اقوال السلف والجواب ان الاقسام الثلاثة فيما يتصور منه الحنث لا في مطلق اليمين قوله ويمين اللغو ان يحلف على امر وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه مثل والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا ونحوه وتدخل في ذلك الافعال كما ذكرنا والصفات ومن الثانية ما في الخلاصة رجل حلفه السلطان انه لم يعلم بامر كذا فحلف ثم تذكر فعلم انه كان يعلم ارجو ان لا يحنث ونحوه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله

ويمين اللغو

قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رح يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه انشاء الله تعالى

صاحبها وانما قيد محمد عدم المواخذة بالرجاء مع انه مقطوع به في كتاب الله تعالى حين قال لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم لاختلاف في معنى اللغو حيث
فتفسيره محمد بما ذكره هو مروي عن ابن عباس وبه قال احمد وقال الشافعي كل يمين صدرت عن غير قصد في الماضي وفي المستقبل وهو
مباين للتفسير المذكور لان الحلف على امر يظنه كما قال لا يكون الا عن قصد وهو رواية عن احمد وهو معنى ما روى صاحب السنن عن
عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله وقال الشعبي ومسروق لغو اليمين ان
يحلف على معصية فيتركها لاغيا بيمينه وقال سعيد بن جبير ان يحرم على نفسه ما احل الله له من قول او عمل فلما اختلف في معنى
اللغو علقه بالرجاء والاصح ان اللغو بالتفسيرين الاولين وكذا بالثالث متفق على عدم المواخذة به وكذا في الدنيا بالكفارة فلم يتم في الاخرة
العذر عن التعليق بالرجاء فالاوجه ما قيل انه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله والتادب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لاهل المقابر
وانا وان شاء الله بكم لاحقون واما بالتفسير الرابع فغير مشهور فكونه لغوا هو اختيار سعيد **قوله** والقاصد في اليمين والمكره عليه والناسي
وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر انه تلفظ به وفي بعض النسخ الخاطي وهو من اراد ان يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه
اليمين فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله عليه الصلوة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين هكذا ذكره المص وبعضهم كصاحب الخلاصة
جعل مكان اليمين العتاق والمحفوظ حديث ابي هريرة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة حمل
اخرجه احمد وابو داود وابن ماجة وقد ورد حديث العتاق في مصنف عبد الرزاق من حديث ابي ذر قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن اعتق وهو لاعب فعتقه جائز وروى ابن عدي في الكامل من حديث ابي هريرة رض
عنه عم قال ثلث ليس فيهن لعب من تكلم بشيء منهن لاعبا فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح واخرج عبد الرزاق عن علي و لاعبا
عمر رض موقوفا انهما قالا ثلث لا لعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وفي رواية عنهما اربع وزادوا النذر ولا شك ان اليمين في معنى زاد الترمذي
النذر فيقاس عليه واعلم انه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين
غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا اصلا ولم يدر ما صنع وكذا
المخطي لم يقصد قط التلفظ به بل بشيء آخر فلا يكون الوارد في الهازل واردا في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت في حقه نصا ولا قياسا
واذا كان اللغو بتفسيركم وهو ان يقصد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين فما لم يقصده اصلا بل هو كالنائم يجري على لسانه طلاق او طلاقا
عتاق لا حكم له اولى ان لا يكون لها حكم اليمين وايضا فتفسير اللغو المذكور في حديث عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو انه
كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله ان لم يكن هو نفس التفسير الذي فسروا به الناسي فان المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم
به بل يجري على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه كان اقرب اليه من الهازل فحمل الناسي على اللاغي
بالتفسير المذكور اولى من حمله على الهازل وهذا الذي ادناه وتقدم لنا مسئلة في الطلاق فلا تكن غافلا **قوله** والشافعي يخالفنا في ذلك
فيقول لا تنعقد يمين المكره ولا الناسي ولا المخطي للحديث المشهور رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه قال المص وسنبين
في الاكراه ان شاء الله تعالى واستدل ابن الجوزي للشافعي واحمد رض في التحقيق في عدم انعقاد يمين المكره بما رواه

ومن فعل المحلوف علیہ مکرھا او ناسیا فھو سواء لان الفعل الحقیقی لاینعدم بالاکراہ وھو الشرط وکذا اذا فعلہ وھو مغمی علیہ او مجنون لتحقق الشرط حقیقۃ ولو کانت الحکمۃ رفع الذنب فالحکم یدار علی دلیلہ وھو الحنث لا علی حقیقۃ الذنب

باب مایکون یمینا ومالا یکون یمینا

قال والیمین باللہ او باسم اٰخر من اسماء اللہ تعالی کالرحمن والرحیم او بصفۃ من صفاتہ التی یحلف بھا عرفا کعزۃ اللہ وجلالہ وکبریائہ لان الحلف بھا متعارف ومعنی الیمین وھو القوۃ حاصل لانہ یعتقد تعظیم اللہ وصفاتہ فصلح ذکرہ حاملا ومانعا

الدارقطنی عن واثلۃ بن الاسقع وابی امامۃ قالا قال رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم لیس علی مقھور یمین ثم قال عنبسۃ ضعیف قال صاحب تنقیح التحقیق حدیث منکر بل موضوع وفیہ جماعۃ لایجوز الاحتجاج بھم **قولہ** ومن فعل المحلوف علیہ مکرھا او ناسیا فھو سواء فتجب علیہ الکفارۃ کما لو فعلہ ذاکرا للیمین مختارا وعن کل من الشافعی واحمد روایتان یحنث ولا یحنث وھو الاصح عند الشافعی للحدیث المذکور وقد صرح جوابہ فی طلاق المکرہ من کتاب الطلاق وھذا لان الفعل الحقیقی لاینعدم بالاکراہ وھو الشرط یعنی بالشرط السبب لوجوب الکفارۃ لان الحنث ھو السبب عندنا وانما یناسب حقیقتہ مذھب الشافعی لان السبب عندہ الیمین والحنث شرط علی ما عرف والحاصل ان الوجوب ثبت عندہ سببا کان او شرطا وبالنسیان والاکراہ لم ینعدم وجودہ فاستعقب وجوب الکفارۃ وکذا اذا فعل المحلوف علیہ وھو مغمی علیہ او مجنون تلزمہ الکفارۃ فیخرجھا ولیہ او ھو اذا افاق لما ذکرنا من تحقق الشرط ای السبب حقیقۃ وقولہ ولو کانت الحکمۃ فی ایجاب الکفارۃ رفع الذنب جواب عن سوال مقدر وھو ان وجوب الکفارۃ لرفع الذنب الحاصل بالحنث ولا ذنب علی الحانث اذا کان مغمی علیہ او مجنونا فاجاب بان الحکمۃ لایجب حصولھا مع شرع الحکم دائما بل تناط بمظنتھا وھو کون شرع الحکم مع الوصف یحصل مصلحۃ او یدفع ضررا کما فی الاستبراء شرع وجوبہ مع الملک الموکد بالقبض یحصل معہ دفع مفسدۃ اشتباہ النسب فادیر علی نفس الشراء مع القبض سواء کان ذلک الوھم حاصلا او لا کما فی شراء الامۃ الصغیرۃ التی لم تبلغ حد البلوغ واما توھم کما فی شراء الامۃ البکر ومن المراۃ فلیس بصحیح لان التوھم حاصل لجواز حبل البکر ومملوکۃ المراۃ علی ان کونھا لرفع الذنب دائما ممنوع بل للتوفیر لتعظیم الاسم ان ینعقد علی امر ثم یحلف عنہ مجانا للعلم بذلک فی موضع یجب فیہ الحنث او یذنب واللہ اعلم

باب مایکون یمینا ومالا یکون یمینا **قولہ** والیمین باللہ او باسم اٰخر من اسمائہ یفید لفظۃ اٰخر ان المراد باللہ اللفظ فقال والاسم الاٰخر کالرحمن والرحیم والقدیر ومنہ الذی لا الہ الا ھو ورب السموات والارض ورب العالمین ومالک یوم الدین والاول الذی لیس قبلہ شیء والاٰخر الذی لیس بعدہ شیء واذا قالوا فی قولہ والطالب والغالب انہ یمین لانہ تعارف اھل بغداد الحلف بہ لزم اما اعتبار العرف فیما لایسمع من الاسماء من الکتاب والسنۃ فان الطالب لم یسمع بخصوصہ بل الغالب فی قولہ تعالی واللہ غالب علی امرہ واما کونہ بناء علی القول المفصل فی الاسماء ویفید قولہ اٰخر ان لابد من کونہ اسما خاصا فلو قال واسم اللہ وھو عام یقتضی ان لایکون یمینا والمنقول لو قال باسم اللہ لیس بیمین وفی المنتقی روایۃ ابن رستم عن محمد انہ یمین فلیتامل عند الفتوی ولو قال وباسم اللہ یکون یمینا ذکر ذلک فی الخلاصۃ وقولہ او بصفۃ من صفاتہ التی یحلف بھا عرفا قید فی الصفۃ فقط فافاد ان الحلف بالاسم لایتقید بالعرف بل ھو یمین تعارفوہ او لم یتعارفوہ وھو الظاھر من مذھب اصحابنا وھو الصحیح وھو قول مالک واحمد والشافعی فی قول وقال بعض مشائخنا کل اسم لایسمی بہ غیر اللہ کاللہ والرحمن فھو یمین ومایسمی بہ غیر اللہ تعالی کالحکیم والعلیم والقادر والعزیز فان اراد بہ یمینا فھو یمین فان لم یرد فلیس یمینا ورجحہ بعضھم بانہ ان کان مستعملا للہ سبحانہ وتعالی ولغیرہ لایتعین ارادۃ احدھما الا بالنیۃ واما الصفۃ فالمراد بھا اسم المعنی الذی لایتضمن ذاتا ولا یحمل علیھا بھو ھو کالعزۃ والکبریاء والعظمۃ بخلاف نحو العظیم فعلی ھذا یکون الحلف بھا متعارفا سواء کان من صفات الفعل او الذات ومع

قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اى معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر او الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة

قول مشائخ ما وراء النهر ولذا قال محمد فى قولهم وامانة الله انه يمين ثم سئل عن معناه فقال لا ادرى لانهم راٰهم يحلفون به فحكم بانه يمين ووجهه انه اراد معنى والله الامين فالمراد الامانة التى تضمنتها لفظة الامين كعزة الله التى هى ضمن العزيز ونحو ذلك وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يمينا لعدم التعارف ويزداد العلم بانه يراد به المعلوم فقول الشيخ ابى المعين فى تبصرة الادلة ان الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروح ان كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الاصل بل هو على محاذات قول القائلين فى الاسماء ان ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره ان اراد به الله تعالى كان يمينا والا فلا فجعل مثله فى الصفات المجردة عن الدلالة على الذات ان اريد صفته القائمة به فهو يمين والا لا الا انه يقال مقتضى هذا ان يجرى فى قدرة الله مثله ان اريد به الصفة كان يمينا او المقدور على ان يراد بالمصدر المفعول او المصدر ويكون على حذف مضاف اى اثر قدرته لا يكون يمينا وليس المذهب ذلك لانا نقول انما اعتبر ذلك فيما لا يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فينصرف الى الحلف بلا تفصيل فى الارادة ولمشائخ العراق تفصيل آخر هو ان الحلف بصفات الذات يكون يمينا وبصفات الفعل لا يكون يمينا وصفات الذات ما لا يوصف سبحانه بها وبا ضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزة وصفات الفعل ما يصح ان يوصف بها وباضدادها كالرحمة والرضا لوصفه سبحانه بالغضب والسخط قالوا ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كالذات قيل والمقصود بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الفعل غير الله والمذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره وهذا لان الغير هو ما يصح انفكاكه بزمان او بمكان او بوجود ولا يخفى ان هذا اصطلاح محض لا ينبغى ان يبتنى الفقه باعتباره وظاهر قول هؤلاء انه لا اعتبار بالعرف وعدمه بل صفة الذات مطلقا يحلف بها تعورف او لا وصفة الفعل لا يحلف بها ولو تعورف وعلى هذا فيلزم ان سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا عند هؤلاء وعلى اعتبار العرف لا يكون يمينا لانه لم يتعارف الحلف بها وان كانت من صفات الذات وقال بعضهم الاسماء التى لا يسمى بها غيره كرب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين الى آخر ما قدمنا اول الباب يكون الحلف بها يمينا بكل حال وكذا الصفات التى لا تحتمل ان تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة الى عرف فيها بخلاف الاسماء التى تطلق على غيره تعالى كالحى والمؤمن والكريم يعتبر فيها العرف او نية الحالف وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فانه قد تستعمل فى المقدور والمعلوم اتساعا كما يقال اللهم اغفر علمك فينا وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه ففى هذه يجرى التعليل بالتعارف وعدمه ووجه الله يمين الا ان اراد الجارحة **قوله** الا قوله وعلم الله استثناء من صفة من صفاته لكن قيد هناك بقوله التى يحلف بها عرفا فيقتضى ان علمه مما يحلف به عرفا فيمينا وله الصدر فاخرجه من حكمه بعد دخوله فى لفظه وليس كذلك لانه علله بانه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لانه لم يدخل واورد على تعليله الثانى القدرة فانها تذكر ويراد بها المقدور واجيب بالمنع فان المقدور بالوجود خرج عن ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقبل الوجود معدوم ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكن المراد بالحلف بالقدرة الا الصفة القائمة بذاته تعالى بخلاف العلم اذا اريد به المعلوم فانه لا يخرج المعلوم عن ان يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق وهذا يوجب ان لا تصح ارادة المقدور

ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليذر وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رضـ معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا برئ منهما يكون يمينا لان التبري منهما كفر **قال** والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله اللهِ لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لِلّٰهِ في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له اي آمنتم به

بعد الوجود وهو غير صحيح اما وقوعها فقالوا النظر الى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعا الا الموجود واما تحقيقا فلان القدرة في المقدور واذا كان مجازا لا يمتنع ان يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود مجازا في المرتبة الثانية نعم الحق ان لا موقع للتعليل الثاني لان تفريع كون الحلف بالعلم ليس يمينا ليس الا على قول معتبري العرف وعدمه في اليمين فالتعليل ليس الا لنفي التعارف فيسر واما لو فرع على القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب ان يكون يمينا لان العلم من صفات الذات فلا معتبر بانه يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل به **قوله** من حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت متفق عليه قال وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رضـ ومعناه ان يقول والنبي والقرآن اما اذا حلف بذلك بان قال انا بري من النبي والقرآن كان يمينا لان التبري منهما كفر فيكون في كل منهما كفارة يمين كما سياتي وكذا اذا قال هو بري من الصلوة والصوم يكون يمينا عندنا فكذا هو بري من الاسلام ان فعل كذا وبحرمته شهد الله او لا اله الا الله ليس يمينا ولو رفع كتاب فقه او حساب فيه البسملة فقال هو بري مما فيه ان فعل ففعل لزمته الكفارة ثم لا يخفى ان الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلثة وتعليل عدم كونه يمينا بانه غيره تعالى لانه مخلوق لانه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسي منع بان القرآن كلام الله منزل غير مخلوق ولا يخفى ان المنزل في الحقيقة ليس الا الحروف المنقضية المتقدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه غير انهم اوجبوا ذلك لان العوام اذا قيل معهم القرآن مخلوق تعدوا الى الكلام مطلقا فاما الحلف بكلام الله تعالى فيجب ان يدور مع العرف واما الحلف بجان سرتو او مثله الحلف بحياة راسك وحياة راس السلطان فذلك ان اعتقد ان البر واجب فيه يكفر وفي تتمة الفتاوى قال علي الرازي اخاف على من قال بحياتي وحياتك انه يكفر ولولا ان العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت انه شرك وعن ابن مسعود رضـ لان احلف بالله كاذبا احب الي من ان احلف بغير الله صادقا **قوله** والحلف بحروف القسم الى قوله ومذكور في القرآن قال تعالى فورب السماء والارض انه لحق والله ربنا ما كنا مشركين وقال تعالى تالله لقد ارسلنا الآية ومثل للباء بقوله تعالى بالله ان الشرك لظلم عظيم وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعالى قبله لا تشرك ثم قالوا الباء هي الاصل لانها صلة الحلف والاصل احلف او اقسم بالله وهي الالصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ولاصالتها دخلت في المظهر والمضمر نحو بك لافعلن ثم الواو بدل منها لمناسبة معنوية وهي ما في الالصاق من الجمع الذي هو معنى الواو فلكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل من الواو لانهما من حروف الزيادة وقد ابدلت كثيرا منها كما في تجاه وتخمة وترات فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر الا على اسم الله تعالى خاصة وما روي من قولهم تربي ترب الكعبة لا يقاس عليه وكذا تحياتك **فرع** قال اسم الله لافعلن كذا اختلفوا فيه والمختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو الا ان نصارى بلادنا تعارفوه فيقولون واسم الله **قوله** وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف حرف الجر من عادة العرب يريد بالحذف الاضمار والفرق ان الاضمار يبقى اثره بخلاف الحذف وعلى هذا فينبغي ان يكون في حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر اثره وفي حالة الجر مضمرا لظهور اثره وهو الجر في الاسم وقوله ثم قيل ينصب لانتزاع الخافض قيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وهو ظاهر في

وقال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه رواية اخرى انه
يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به
طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا

نفس الخلاف في ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال النصب مذهب اهل البصرة والخفض مذهب اهل الكوفة ونظر فيه بانهما وجهان
ثابتان للعرب ليس احد ينكر احدهما ليتاتى الخلاف وحكى الرفع ايضا نحو الله لافعلن على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار
مبتدأ والاولى كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم اعرف المعارف فهو اولى بان يكون مبتدأ والتقدير الله قسمي اى قسمي الله
لافعلن غير ان النصب اكثر في الاستعمال وقوله في النصب لانتزاع الخافض خلاف اهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف
اتصل الفعل به الا ان يراد عند انتزاع الخافض اى بالفعل عنده واما الجر فلا شك انه بالحرف المضمر وهو قليل شاذ في غير
القسم كقوله اذا قيل اى الناس شر قبيلة اشارت كليب بالاكف الاصابع اى الى كليب في قوله وكذلك اذا قيل لان الباء بتدل
بها اى باللام قال تعالى آمنتم له آمنتم به والقصة واحدة اورد عليه انها لاتبدل بها بمعنى ان توضع مكانها دالة على عين مدلولها
وفي الآيتين المعنى مختلف فان قوله تعالى آمنتم له اى صدقتموه وانقدتم اليه طاعة وآمنتم به لايفيد تلك الزيادة ولو سلم فكونها وقعت
صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لايلزم في كل فعل بجواز كون معنى ذلك الفعل يتاتى معناها فيه بخلافه في القسم ولاتستعمل اللام الا في قسم
متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس رض دخل آدم الجنة فلله ماغربت الشمس حتى خرج وكقولهم لله لايؤخر الاجل فاستعمالها قسما مجردا
عنه لايصح في اللغة الا ان يتعارف كذلك وقوله في المختار احتراز عما عن ابي حنيفة رح اذا قال لله علي
ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة للنذر وتحتمل معنى اليمين ولم يذكر في كثير من الشروح
فائدة هذا الاحتراز لان لفظ في المختار في بعض النسخ لا كلها فكان الواقع لبعضهم ماليس هو فيها
ولا فرق في ثبوت اليمين بين ان يعرب المقسم به خطاء او صوابا او يسكنه خلافا لما في المحيط فيما اذا
سكن من انه لايكون يمينا الا بالنية لان معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع او الحمل معقودا بما
اريد منعه او فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ **قوله قال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله**
فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه اى عن ابي يوسف رح رواية اخرى انه يكون يمينا يعني
ان اطلق لان الحق من صفات الله تعالى وقد يسمى في اسمائه الحسنى وقال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم وهو حقيته اى كونه تعالى ثابت الذات
موجودا فكانه قال والله الحق والحلف به متعارف فوجب كونه يمينا وهذا قول الائمة الثلاثة حتى قال احمد لايقبل قوله يعني في عدم اليمين
لانه انصرف بعرف الاستعمال الى اليمين فانصرف الحق الى مايستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء وصار كقدرة الله **قوله ولهما انه** اى
حق الله يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كانه حقيقة حيث لايتبادر سواه اذ يعلم انه لايخطر من
ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف لغيره وغير صفته فلا يكون يمينا والمعدود من الاسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام
وبهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول باليمين بانه تقدم ان ماكان من صفات الله يعبر به عن غيره مايعتبر فيه العرف وبه حصل
الفرق بين علم الله وقدرته واذا كان الحلف بقدرة الله يمينا للتعارف فحق الله كذلك للتعارف فان التعارف يعتبر بعد كون
الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره وقد بينا ان لفظ حق لايتبادر منه ماهو صفة لله بل ماهو من حقوقه فصار نفس

والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

وجوده ونحوه كالحقيقة المهجورة واما الاستدلال على انه يراد به الطاعات بقول السائل للنبي عليه الصلوة والسلام ما حق الله تعالى على العباد فقال ان لا تشركوا به شيئا الى آخره كما وقع لبعض الشارحين فليس بشيء لان جملته بلفظ على العباد بين المراد بالحق انه غير وجوده وصفته الكلام في لفظ حق غير مقرون بما يدل على احد المعنيين بخصوصه فليس الوجه الا ما ذكرنا **قوله** ولو قال والحق يكون يمينا اي بالاجماع كذا ذكره غير واحد وعورض شارح بان الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى فماذا بعد الحق الا الضلال فلما جاءهم الحق من عندنا فكيف يكون يمينا بالاطلاق لكن جوابه انه ان نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يمينا والا فلا انتهى فانت علمت انه اذا ثبت كونه اسما له تعالى لا يعتبر فيه النية وان اطلق على غيره وانما ذلك القول المقابل للمختار واما على القول المفصل بين ان يريد به اليمين وان لا يريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غير مهجور الا بدليل وبه يندفع قول ابي نصر ان نوى بالحق اليمين كان يمينا والا فلا ولا يلزم بطلان قوله من حكى الاجماع من الشارحين لانه يريد اجماع علمائنا الثلاثة فانه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين في انعقاد الاجماع ولو قال حقا بان قال حقا لا افعل او لا اعطيك كذا ونحوه لا يكون يمينا لان الحق من اسمائه تعالى فينعقد به اليمين والمنكر يراد به تحقيق الوعد وما نقل عن الشيخ اسمعيل الزاهد والحسن بن ابي مطيع انه يمين لانه لم يضفه الى الله تعالى فصار كالحق مردود بان المنكر ليس من اسماء الله تعالى ومن الاقوال الضعيفة ما قال البلخي ان قوله وحق الله يمين لان الناس يحلفون به ضعفه لما علمت انه مثل وحق الله بالاضافة وعلمت المغايرة فيه وانه ليس يمينا كذا الحق الله **قوله** ولو قال اقسم الخ اذا حلف بفعل القسم فاما بلفظ الماضي او المضارع وكل منهما اما موصول باسم الله تعالى او بصفته اولا فاذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله او اقسمت او شهدت بالله لا افعلن وكذا عزمت بالله لا افعلن فهو يمين بلا خلاف واذا كان مضارعا مثل اقسم بالله واعزم بالله الخ فكذلك عندنا وعند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لاحتمال ان يريد به المستقبل وعدا ووجه قولنا ان هذه الصيغة حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال على ما تقدم في العتق للمصنف ولهذا لا ينصرف اليه الا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه الى حقيقته واما الاستشهاد بان في العرف كذلك كقولهم اشهد ان لا اله الا الله ففيه نظر لان ذلك بدلالة الحال للعلم بان ليس المراد الوعد بالشهادة وكذا قول الشاهد اشهد بذلك عند القاضي ليس فيه دليل على انه في نفسه كذلك عرفا فجاز ان يقال هي للمستقبل ويستعمل للحال بقرينة حالية او مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه وان كان من غير ذكر اسمه تعالى فيهما مثل حلفت لافعلن او اقسم او اشهد او اعتزم او حلفت فعندنا هو رواية عن احمد انه هو يمين نوى او لم ينو وقال زفر ان نوى يكون يمينا والا فلا وقال الشافعي ليس بيمين نوى او لم ينو وهو رواية عن احمد وقال مالك اذا نوى في قوله اقسم بالله الخ يكون يمينا وان اطلق فلا وجه قولهم ان القسم يحتمل ان يكون بالله او بغيره فلا يكون يمينا وكذا يحتمل العدة والانشاء للحال فلا يتعين يمينا كذا قيل وانما يشهد لقول القائل ان نوى كان يمينا والا فلا وجوابه ما ذكر المصنف من انه حقيقة في الحال فانصرف اليه ومن ان الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه اي الى الحلف بالله ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد من النية لاحتمال العدة اي احتمال استعماله في المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله تعالى فقد حكى المصنف وغيره هذا الخلاف صريحا في المذهب ومنهم من صرح بانه اذا لم يذكر المقسم به يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة نوى او لم ينو يعني اذا نوى اليمين او لم ينو شيئا اما اذا نوى غيره فلا شك انه لا يكون يمينا فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يكون حالفا لمن يستحق عليه اليمين شرعا فان اليمين على نية المستحلف لا الحالف الخ وقد وقع في هذه المسئلة خبط في موضعين احدهما في الحكم وهو توهم صاحب النهاية ان مجرد قول القائل اقسم او احلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث والثاني السؤال ان قائل اليمين ما كان حالفا على شيء او تركه وعندي قوله موجبا للكفارة على وجه الخلافة فقوله اقسم حينئذ ليس موجبا شيئا من الكفارة مجردة

ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداي يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال بالفارسية
سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال

لانه لم يعقد يمينا على فعل شئ او تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة لستر ذنب هتك حرمة الاسم وليس في اقسم مجردا هتك فكيف توجب
الكفارة ثم اجاب بان اقسم الحق بقوله على يمين فان ذلك موجب للكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها فقال لو قال على يمين او يمين الله فهو يمين
وفي المنتقى لو قال على يمين لا كفارة لها تجب الكفارة وان نفى الكفارة صريحا لان قوله على يمين لما كان موجبا للكفارة لا يعتبر قوله لا كفارة لها
ثم قال وانما كان كذلك لان كلمة على للايجاب فلما كان كذلك كان هذا اقرارا عن موجب اليمين وموجبها البر ان امكن والا فالكفارة ولم يمكن
تحقيق البر ههنا لانه لم يعقد يمينه على شئ فكان اقرارا عن الموجب الآخر وهو الكفارة وعلى جهة الخلافة وبالاقرار يجب الحد فكذا الكفارة وكذا في قوله على نذر فيه كفارة يمين
على ما يجئ بعد هذا فلما كان كذلك في قوله على يمين وعلى نذر كان في قوله اقسم عند قران النية بالقسم كذلك لان اصله الحال في استعمال
الفقهاء ثم قال وحاصل ذلك ان قوله اقسم لما كان عبارة عن الاقرار بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور هتك
حرمة الاسم وقد شنع على هذا بان اليمين بذكر المقسم عليه وما ذكر في الذخيرة من ان قوله على يمين موجب للكفارة معناه اذا وجد ذكر المقسم
عليه ونقضت اليمين لا شك في ذلك وانما ترك ذلك للعلم به فان المقصود والذي يحتمل ان يخفى هو ان قوله على يمين هل يجري مجرى قول القائل
والله او لا فاما ان بمجرد ذكر ذلك يحتمل ان تجب الكفارة فلا خفاء فيه ليحتاج الى التنصيص عليه الا يرى الى قول محمد في الاصل وان حلف
بالله او باسم من اسمائه او قال والله او بالله او على عهد الله او ذمته او هو يهودي او نصراني او بريء من الاسلام او قال اشهد او اشهد بالله او
احلف او احلف بالله او اقسم او اقسم بالله او على نذر او نذر الله او اعزم او اعزم بالله او على يمين او يمين الله او ما افاد معنى ذلك فهذه كلها ايمان
واذا حلف بشئ منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة وقد ذكر منها هو يهودي او نصراني وان يقول والله وبالله وتالله وحكم على كل
منها انه يمين ولم يلزم من ذلك ان بمجرد قوله والله او قوله هو يهودي تلزمه الكفارة بل صرح باشتراط الحنث في كل منها للزوم الكفارة كما سمعت
قوله واذا حلف بشئ منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت الكفارة ولان في الظاهر ان مجرد الاقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة الا ان
كان في القضاء لانه يؤاخذ باقراره وليس الكلام في ان يقول اقسمت عند القاضي بل لو اقر به كان سبيله ان يفتيه بقوله ان كنت صادقا فعليك
الكفارة وانما كان الكلام في الحنث في اليمين وهو انشاء والحق ان قوله على يمين اذا لم يزد عليه على وجه الانشاء لا الاخبار يوجب الكفارة بناء
على انه التزام الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتي في قوله على نذر اذا لم يزد عليه فانه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لغا بخلاف
احلف واشهد ونحوها ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على ان مجرد قوله احلفت
واقسم يمين بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقوله تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يخفى على احد ان قوله اقسموا اخبار عن وجود قسم منهم وهو لا يستلزم
ان ذلك القسم كان قولهم نقسم ليصرمنها فانهم لو قالوا والله ليصرمنها مصبحين يصح ان يقال في الاخبار عنهم اقسموا ليصرمنها ومثله في يحلفون لكم لترضوا عنهم لا يلزم
كون حلفهم كان بلفظ الحلف اصلا فضلا عن الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى وانما استدل لذلك بحديث الذي اري رؤيا فقصها على رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال ابو بكر ائذن لي فلاعبرها فاذن له فعبرها ثم قال اصبت يا رسول الله فقال اصبت واخطأت فقال
اقسمت يا رسول الله لتخبرني فقال لا تقسم كذا رواه احمد وهو في الصحيحين بلفظ آخر **قوله** ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداي يكون يمينا لانه
للحال لان معناه احلف الآن بالله ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا لانه مستقبل ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم اي احلف

وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد

بطلاق زوجتي لا يكون يمينا لعدم التعارف في الطلاق كذلك **قوله** وكذا قوله لعمر الله وايم الله يعني يكون حالفا كما هو حالف في قسم بالله واخواته لان عمر الله بقاؤه وفيه ضم العين وفتحها الا انه لا يستعمل المضموم في القسم ولا يلحق المفتوحة الواو في الخط بخلاف عمرو العلم فانها الحقت للفرق بينه وبين عمر والبقاء من صفة الذات على ما مر من قاعدته وهو ان يوصف به لا بضده وكانه قال و بقاء الله كقدرة الله وكبريائه واذا دخل عليه اللام رفع على الابتداء او حذف الخبر اي لعمر الله قسمي وان لم يدخل اللام نصب نصب المصادر فيقول عمر الله ما فعلت ويكون على حسب حرف القسم كما في الله لافعلن واما قولهم لعمرك الله ما فعلت فمعناه ما قرارك له بالبقاء وينبغي ان لا ينعقد يمينا لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده واما ايم الله فمعناه ايمن الله وهو جمع يمين على قول الاكثر فخفف بالحذف حتى صار ايم الله ثم خفف ايضا فقيل م الله لافعلن كذا فيكون مينا واحدة لهذا نفى سيبويه ان يكون جمعا لان الجمع لا يبقى على حرف واحد ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحها وكسرهما وهمزة ايمن بالقطع وانما وصلت في الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ومذهب سيبويه انها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرء من الاسماء الساكنة الاوائل وانما كان كل منهما يمينا لان الحلف بهما متعارف قال تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون وقال عليه السلام في حديث امارة اسامة بن زيد حين طعن بعض الناس في امارته ان كنتم تطعنون في امارته فقد كنتم تطعنون في امارة ابيه من قبل وايم الله ان كان خليقا بالامارة الحديث في البخاري **قوله** وكذا قوله وعهد الله وميثاقه يمين اذا اطلق عندنا وكذا عند مالك واحمد وعند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لان العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون يمينا بغير النية وقوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان لا يفيد ان العهد يمين بجواز كونهما شيئين الامر بالايفاء بالعهد والنهي عن نقض الايمان المؤكدة باي معنى فرض النقض فاستدلالكم به على انها يمين لا يتم وهذا لان ايجاب الوفاء بالعهد لا يستلزم ايجاب الكفارة بخلاف ما عقد عليه الا لو ثبت في مكان آخر في الشرع انه كذلك قلنا ان اهل التفسير لما جعلوا المراد بالايمان هي العهود المتقدم ذكرها او ما هو في ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع اياها يمينا وان لم يكن حلفا بصفة الله تعالى كما حكم بان اشهد يمينا وان لم يكن فيه ذلك وايضا غلب الاستعمال لها في معنى اليمين فيصرف اليه فلا يصرف عنه الا بنية عدمه فالحالات ثلاثة اذا نوى اليمين او لم ينو يمينا ولا غيره فهو يمين وان قصد غير اليمين فليس بيمين فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الذمة والامانة كان يقول وذمة الله او امانة الله لافعلن واستدل على كونها يمينا بانه عليه السلام اذا بعث جيشا يقول اذا حاصرتم اهل مصر او مدينة فارادوكم على ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم فدل على انه يمين ولا يخفى انه لا يستلزم ذلك والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى الذمي معاهدا والامانة على هذا الخلاف فعندنا ومالك واحمد هو يمين وعند الشافعي بالنية لانها فسرت بالعبادات قلنا غلب ارادة اليمين اذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة واعلم ان في سنن ابي داؤد من حديث بريدة عنه عليه السلام من حلف بالامانة فليس منا فقد يقال انه يقتضي عدم كونه يمينا والوجه انه يقتضي منع الحالف به ولا يستلزم ذلك انه لا يقتضي الكفارة عند الحنث والله اعلم ولو قال علي عهد الله وامانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك واحمد ولو حنث لزمته كفارة واحدة وحكي عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لان كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبنا اذا كرر الواو كما لو قال والله والرحمن والرحيم الا في رواية الحسن عن ابي حنيفة وعند الشافعي اذا قصد بكل لفظ يمينا تعددت الايمان والا يكون الجمع بين الالفاظ

وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين فان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل

للتوكيد فتجب كفارة واحدة قلنا الواو للعطف وهو موجب للمغايرة **قوله** وكذا اذا قال علي نذر او علي نذر الله يعني يكون يمينا اذا ذكر المحلوف عليه بان قال علي نذر الله لافعلن كذا او لا افعل كذا حتى اذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة يمين هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كحج او صوم فان كان نوى بقوله علي نذر ان فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة قال الحاكم وان حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج او عمرة فعليه ما نوى فان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين ولا شك ان قوله عم من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين رواه ابو داود من حديث ابن عباس رض يوجب فيه الكفارة مطلقا الا انه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة كانت كالمسماة لانها مسماة بالكلام النفسي فانه ينصرف الحديث الى ما لا نية معه من لفظ النذر فاما اذا قال علي نذر او نذر الله ولم يزد على ذلك فهذا لم يجعله يمينا لان اليمين انما تتحقق بمحلوف عليه فالحكم فيه ان تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة فاما اذا ذكر صيغة النذر بان يقول لله علي كذا صلوة ركعتين مثلا او صوم يوم مطلقا عن الشرط او متعلقا به او ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله علي نذر صوم يومين معلقا او منجزا فسياتي في فصل الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا فاذا فعله لزمته كفارة يمين قياسا على تحريم المباح فانه يمين بالنص وذلك انه عم حرم مارية على نفسه فانزل الله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ووجه الالحاق انه لما جعل الشرط وهو فعل كذا علما على كفره ومعتقده حرمة كفره فقد اعتقده اي الشرط واجب الامتناع فكانه قال حرمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار ولو قال دخول الدار مثلا علي حرام كان يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا اذا عرف هذا فلو قال ذلك لشيء قد فعله كان قال ان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم انه قد فعله فهو يمين الغموس لا كفارة فيها الا التوبة وهل يكفر حتى يكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الاسلام قيل لا وقيل نعم لانه تنجيز معنى لانه لما علقه بامر كائن فكانه قال ابتداء هو كافر والصحيح انه ان كان يعلم انه يمين فيه الكفارة اذا لم يكن غموسا لا يكفر وان كان في اعتقاده انه يكفر به يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل الذي علق عليه كفره وهو يعتقد انه يكفر اذا فعله واعلم انه ثبت في الصحيحين عنه عم انه قال من حلف على يمين بملة غير الاسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال فهذا يتراآى اعم من ان يعتقده يمينا او كفرا والظاهر انه اخرج مخرج الغالب فان الغالب ممن يحلف بمثل هذه الايمان ان يكون من اهل الجهل لا من اهل العلم والخير وهؤلاء لا يعرفون الا لزوم الكفر على تقدير الحنث فان تم هذا والا فالحديث شاهد لمن اطلق القول بكفره **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط اي لا يلزم سببية الشرط غاية الامر ان يكون نفس الدعاء متعلقا بالشرط فكان عند الشرط دعاء على نفسه ولا يستلزم وقوع المدعو بل ذلك متعلق باستجابة دعائه ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فهو زان او فاسق او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لا يكون يمينا اما اولا فلان معنى اليمين ان يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا او سارقا لانه لا يصير كذلك الا بفعل مستانف يدخل في الوجود ووجود هذا الفعل لو وجد لا زما ليس المحلوف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا بخلاف الكفر فانه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر او اعتقاد

ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم يكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

والرضا يتحقق بمباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة واما ثانيا فلان حرمة هذه الاشياء تحتمل السقوط وهو المراد بقوله يحتمل النسخ والتبديل اما الخمر فظاهر واما السرقة فعند الاضطرار الى اكل مال الغير وكذا اذا اكرهت المرأة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لا يحتمل السقوط فلم يكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة الاسم وهذا فيه نظر لان كون الحرمة تحتمل الارتفاع اولا تحتمله اما اثره فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو يمين مع ان ذلك المباح يحتمل تحريمه الارتفاع فان لم يرجع اليه لا يكون يمينا فلا حاجة لزيادة كلام لا دخل له ولانه ليس بمتعارف ان يقال ان فعلت كذا فانا زان فلا يكون يمينا **فروع** في تعدد اليمين وحدتها وغير ذلك اذا عدد ما يحلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ او عدم اختلافه فهو يمين واحد كان يقول والله الرحمن الرحيم او يقول والله الله الا ان تعليل هذا بانه جعل الثاني نعتا للاول يأول وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله او هو بري من الله ورسوله وان كان بواو فهو في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت اليمين بتعددها وكذا بواوين مع اتحاد نحو والله ووالله فيتفرع انه لو قال والله ووالله والرحمن انها ثلاثة ايمان او هو بري من الله وبري من رسوله فيمينان حتى لو قال هو بري من الله وبري من رسوله والله ورسوله منه بريئان ان فعل فهي اربعة ايمان فيلزمه بفعل ما سماه اربع كفارات هذا كله ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان عليه في المختلفة كفارة واحدة لان الواو الكائنة بين الاسماء للقسم لا للعطف وبه اخذ مشايخ سمرقند واكثر المشايخ على ظاهر الرواية فلو قال بواوين كوالله والرحمن فكفارتان في قولهم وروى ابن سماعة عن محمد في غير المختلفة مطلقا نحو والله والله او والله الله كفارة واحدة هذا قبل ذكر الجواب اما لو قال والله لا افعل كذا ثم اعاده بعينه فكفارتان وكذا لو قال لامرأته والله لا اقربك ثم قال والله لا اقربك فقربها لزمته كفارتان روى ذلك عن ابي يوسف وسواء كان ذلك في مجلس او مجلسين وروى الحسن انه ان نوى بالثاني الخبر عن الاول صدق ديانة وهي عبارة عن تساهل فيها وانما المراد ان يريد بالثاني تكرار الاول وتاكيده واختار هذا الامام ابو بكر محمد بن الفضل قال فان نوى به المبالغة او لم ينو شيئا يلزمه كفارتان وقد مر في الايلاء وفي التجريد عن ابي حنيفة اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله ولو حلف بحجة او عمرة تستقيم وهذا يخالف ما روى الحسن وفي الخلاصة عن نسخة الامام السرخسي في ايمان الاصل اذا حلف على امر ان لا يفعله ثم حلف في ذلك المجلس او في مجلس آخر ان لا يفعله ابدا ثم فعله ان نوى يمينا مبتدأ او التشديد او لم ينو فعليه كفارة يمينين اما اذا نوى بالثاني الاول فعليه كفارة واحدة وقدمنا في الايلاء لو قال والله لا اكلم فلانا يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاث كفارات لانه انعقد على تلك الساعة ثلاثة ايمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة فعليه اذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات وان كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لان يمين اليوم انحلت قبله فبقي على ذلك اليوم يمينان وان كلمه بعد شهر فكفارة واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شيء عليه تعرف في الطلاق انه لو قال ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق فدخلت وقع عليها ثلاث تطليقات وما في الاصل من انه اذا قال هو يهودي هو نصراني ان فعلت كذا فهو يمين واحدة ولو قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فيمينان يفيدان في مثله تعدد اليمين منوط بتكرير المحلوف عليه مع تكرار الالتزام بالكفر ولو قال بري من الكتب الاربعة فهو يمين واحدة وكذا لو قال هو بري من التورية والزبور والانجيل والفرقان يكون يمينا واحدة ولو قال هو بري من التورية وبري من الانجيل

فصل في الكفارة **قال** كفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة

ان برئ من الزبور برئ من الفرقان فهو اربعة ايمان ولو قال هو شريك اليهودي هو كقوله يهودي ولو قال برئ من هذه الثلثين يوما يعني شهر رمضان ان اراد عن فريضتها يكون يمينا او عن اجرها او لم ينو شيئا لا يكون يمينا والاحتياط هو يمين ولو قال من الصلوة التي صليتها حنث لا يلزمه شئ بخلاف قوله من القرآن الذي تعلمت واختلف في برئ من الشفاعة في مجموع النوازل الاصح انه ليس بيمين ولو قال دخلت الدار امس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف وروى بشر عن ابي يوسف قال لآخر ان كلمت فلانا فعبدي حر فقال نعم الا باذنك فهذا ان كلم بغير اذنه يحنث ولو قال رجل لآخر الله لتفعلن كذا او والله لتفعلن كذا فقال الآخر نعم فان اراد المبتدي الحلف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة ان لم يفعل المجيب لان قوله نعم جواب وهو يستدعي اعادة ما في السوال فكانه قال نعم والله لافعلن كذا وان نوى المبتدي الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف وان لم ينو كل منهما شيئا فالحالف هو المجيب في قوله الله وفي قوله والله بالواو الحالف هو المبتدي وان اراد المبتدي الاستحلاف فاراد المجيب ان لا يكون عليه يمين وان يكون قوله نعم وعدا بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما ولو قال بالله فهو كقوله والله في جميع ذلك قال لمديونه ان لم تقض ديني غدا فامرأتك طالق فقال المديون نعم فقال له الرجل قل نعم فقال نعم واراد جوابه يلزمه اليمين ثانيا فتطلق ثنتين وان دخل بينهما انقطاع في الفتاوى وفي مجموع النوازل قال الآخر والله لا اجي الى ضيافتك فقال الآخر ولا تجي الى ضيافتي قال نعم يصير حالفا ثانيا

فصل في الكفارة الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافرا قال في ليلة كفر النجوم غمامها وتكفر بثوبه اشتمل به واضافتها الى اليمين في قولنا كفارة اليمين اضافة الى الشرط مجازا وعند الشافعي اضافة الى السبب فاليمين هي السبب وسيذكر المصنف المسئلة **قوله** كفارة اليمين عتق رقبة اي اعتاقها لا نفس العتق فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى الكفارة لا يجوز ويجوز فيها ما يجزئ في الظهار تقدم المجزئ في الظهار من انها المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغيرة ولا يجزئ فائت جنس المنفعة بخلاف غيره فتجزئ العوراء لا العمياء ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا المقطوعة اليدين او الرجلين في الاصم اختلاف الرواية والاصح انه اذا كان بحيث اذا صيح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذي لا يفيق ومن يفيق ويجن يجوز ولا المدبر وام الولد لانهما استحقاقهما الحرية ينقص الرق فيهما بخلاف المكاتب الذي لم يود شيئا يجوز بخلاف الذي ادى بعض شئ لانه كالمعتق بعوض **قوله** وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد يعني ان كسا ثوبين او ثلاثة فهو افضل وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من بر وصاع من تمر وشعير ذكره الكرخي باسناده الى عمر رضي قال صاع من تمر او شعير او نصفه من بر. باسناده الى علي رض قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده الى الحسن رح قال يغديهم ويعشيهم وباسناده الى مجاهد قال كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مساكين ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم او فوقه قريبا لم يجز عن اطعام مسكين ويجوز ان يغديهم ويعشيهم بخبز ان كان برا لا يشترط الادام وان كان غيره فبالادام ويجوز في الاطعام كل من التمليك والاباحة وتقدم والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة للعبد الخيار في تعيين ايها شاء ويتعين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة في الاصول

قوله ... [illegible] ... فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة ...
... [illegible] ... ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة ... [illegible] ...
... [illegible] ... وادناه ما يستر عامة البدن ... [illegible] ... لان لابسه يسمى عريانا ... [illegible] ...

ودخل ثمن ... [illegible] ... المعتق والكسوة والاطعام ... فلا يكون كفارة ... الا ... او اعتق ... او اطعم او كسا لا يجزيه وكذا المكاتب والمستسعى ... فاصاب مالا وجب عليه استيناف الكفارة بالمال **قوله** فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة من الاعتاق والكسوة والاطعام كان عليه صوم ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي يتخير بين التتابع والتفريق لاطلاق النص وهو قول مالك رح في قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب احمد ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور لشهرتها على انه نقل الى زمن ابي حنيفة رح والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به فان قيل الشافعي كان اولى بذلك منكم لانه يحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثتين وانتم تحملونه في حادثة فحسب تم على موجب ذلك في هذا وتركتموه في صدقة الفطر في قوله ادوا عن كل حر وعبد وقوله ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين اجيب عنا بانا انما نحمل في الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل ان يكون الفعل الواحد مطلوبا بقيد زائد على المطلق وتقييد اطلاقه للتنافي بينهما فان الاول يقتضي ان لا يجوز الا بقيد التتابع ولا تجزي التفريق والثاني يقتضي جوازه متفرقا كجوازه متتابعا واذا وجب القول الاول لزم انتفاء الثاني فلزم الحمل ضرورة وهذه الضرورة منتفية في صدقة الفطر لورود النصين المطلق والمقيد في الاسباب ولا منافاة في الاسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببا وهذا الكلام يحتاج الى تحقيق وتحقيقه ان الحمل لما لم يجب الا ضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد ولا معارضة بينهما الا اذا قلنا بمفهوم المخالفة فانه ح يكون الحاصل من المطلق ان ملك العبد سبب لوجوب الاداء عنه مسلما كان او كافرا والحاصل من المقيد ان ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سببا لمفروض دلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم فاذا احتيج الى تقديم المفهوم على الاطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ولزم ان المراد ان المسلم فقط هو السبب وهو الحمل ضرورة لكنها انتفت بنفي مقتضى المطلق بلا معارض وهو ان المسلم وغيره سبب واجاب بعضهم الزم الشافعي وبان هذه الكفارة تجاذبها اصلان في التتابع وعدمه فحمل المطلق على المقيد بالتتابع في كفارة القتل يوجب التتابع وحمله على صوم المتعة بناء على انه عنده دم جبر يوجب التفريق فترك الحمل على كل منهما للتعارض وعمل باطلاق نص الكفارة

قوله ثم المذكور في الكسوة في الكتاب اي المبسوط او المختصر القدوري في بيان ادنى الكسوة اسقاط للواجب من انه ما يجوز فيه الصلوة وروي عن محمد رح فجرى به رفع السراويل عن تقييده بالرجل فان اعطى السراويل المرأة لا يجوز لانه لا يصح صلوتها فيه وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح ان ادناه ما يستر عامة بدنه ولا يجوز السراويل عليه هذا وهو الصحيح لان لابس السراويل يسمى عريانا في العرف فلا بد ان يعطيه قميصا او جبة او رداء او قباء او ازارا سابلا بحيث يتوشح به عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والا فهو كالسراويل لا يجزي الحالة الا اذا امكن ان يتخذ منها ثوب تجزي مما ذكرنا جاز واما القلنسوة فلا تجزي بحال وان كان قد روي عن عمران بن الحصين انه سئل عن ذلك فقال اذا قدم وفد على الامير واعطاهم قلنسوة قيل قد كساهم فلا يحمل على هذا وعن ابن عمر رض لا يجزي اقل من ثلثة اثواب قميص وازار ورداء وعن ابي موسى الاشعري ثوبان قال الطحاوي وهذا كله اذا دفع الى الرجل اما اذا دفع الى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب لان صلوتها لا تصح دونه وهذا يشابه الرواية التي عن محمد رح في السراويل انه للمرأة لا يكفي وهذا كله خلاف ظاهر الجواب انما ظاهر الجواب ما ثبت به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان وعليه بني عدم اجزاء السراويل لا صحة الصلوة وعدمها فانه لا دخل له في الامر بالكسوة وليس معتاد الاجمال التقييد كما سيأتي ذكره والمرأة اذا كانت لابسة قميصا ... [illegible] ... فانما تعتبر لنفسه ذلك الاسم ... [illegible] ... ثم اعتبار ... [illegible] ...

لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رح يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح

على القلب قياسه على الحد فان المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق وقلنا الصوم خلف عن المال كالتيمم فانما يعتبر فيه وقت الاداء اي اما حد العبد فليس ببدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه **قوله** لكن ما لا يجزيه يعني لو اعطى الفقير ثوبا لا يجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار او نصف ثوب يجزي وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير اجزاه عن اطعام فقير من الكفارة وكذا اذا اعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لا يكفي كل واحد حصته منه الكسوة وتبلغ حصة كل منهم قيمة ما ذكرنا اجزاه عن الكفارة بالاطعام ثم ظاهر المذهب لانه لا يشترط للاجزاء عن الاطعام وعن ابي يوسف رح لا يجزيه الا ان ينويه عن الاطعام وعند زفر لا يجزيه نوى او لم ينو واعترض بقوله عم وانما لكل امرئ ما نوى فاذا لم ينو عن الاطعام لا يقع عنه ولانه تع خير المكفر بين خصال ثلث فاذا اختار احدها صار كانه هو الواجب ابتداء ويتعين الآخران والجواب انه ان اراد انه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول وقوله عم وانما لكل امرئ ما نوى دليله فلا ينصرف المؤدى طعاما او كسوة الى كونه كفارة الا بنية وان اراد انه لا بد ان ينوي التكفير بالاطعام والتكفير بالكسوة مثلا فممنوع فان الواجب التكفير باحد الاشياء التي كل منها متعلق الواجب وهو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب فاذا دفع احدها ناويا الامتثال فقد تم الواجب سواء كان يصلح اطعاما او غيره مما هو احد الثلاثة ولو توقف السقوط على ان ينوي بدفع احدها انه عن الآخر اذا لم يكف لنفسه لزم ان ينوي كل خصلة في نفسها فيجب ان ينوي في الاطعام انه اطعام وفي دفع الثوب انه كسوة ولا حاجة الى ذلك بل المحتاج اليه نية الامتثال بالفعل اذا كان مما يصلح للاسقاط بوجه وقد نوى لاسقاط فانصرف الى ما به الاسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على ان كونه مختارا للكسوة اذا دفع ما لا يستقيم كسوة ممنوع وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا اعطى نصف صاع تمر في صدقة الفطر قيمته نصف صاع بر لا يجزي عنه بطريق القيمة واجيب بان جنس الكفارة في التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذي ولا يدفع احدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير بخلاف الكسوة مع الاطعام فانهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذي فجاز جعل احدهما عن الآخر انما نظير المورد من صدقة الفطر لو دفع ثوبا نفيسا صغيرا يبلغ قيمة ثوب كبار يجزي عن الكسوة ينبغي ان لا يجزيه عن الكسوة بل عن الاطعام **قوله** وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال دون الصوم لانه ادى بعد السبب وهو اليمين وانما كان السبب للكفارة هو اليمين لانه اضيف اليه الكفارة في النص بقوله تع ذلك كفارة ايمانكم ولان اهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للمضاف الواقع حكمه تنجيزا او متعلقة كما فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب واذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه ح شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا كما جاز في الزكوة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك النصاب وكما في تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية ومقتضى هذا ان لا يفترق المال والصوم وهو قوله القديم وفي الجديد لا يقدم الصوم لان العبادات البدنية لا تقدم على الوقت يعني ان تقديم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا الا في المالية كالزكوة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان او مالا وهو ظاهر الاحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سنذكره ولنا ان الكفارة لستر الجناية من الكفر وهو الستر قال القائل في ليلة كفر النجوم غمامها ويسمى الزراع كافرا لانه يستر البذر في الارض ولا جناية قبل الحنث لانها منوطة به لا باليمين لانه ذكر اسم الله على وجه التعظيم ولذا اقسم النبي والصحابة على الايمان وكون الحنث جناية مطلقا ليس واقعا اذ قد يكون فرضا انما

ولنا انه لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة

اخرج المنه الكلام مخرج الظاهر المتبادر من احلاف المحلوف عليه والحاصل انها بسبب الحنث سواء كان به معصية او لا والمدار توقير ما يجب لاسم الله عليه وهذا ايضا يبين ان السبب الحنث واليمين ليست بسبب لان اقل ما في السبب ان يكون مفضيا الى المسبب واليمين ليس كذلك لانه مانع من عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيا اليه نعم قد يتفق تحققه اتفاقا لا عن اليمين للعلم بان نفس اكل الفاكهة لم يتسبب فيه نفس الحلف على تركه بخلاف الجرح لانه مفض الى التلف فلزم ان الاضافة المذكورة اضافة الى الشرط فان الاضافة الى الشرط جائزة وثابتة في الشرع كما في كفارة الاحرام وصدقة الفطر على انه لو سلم ان اليمين سبب فلا شك في ان الحنث شرط الوجوب للقطع بان الكفارة لا تجب قبله ولا وجب بمجرد اليمين والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا فهذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه في الزكوة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه في باب صدقة الفطر فيقتصر على مورده فلا يلحق غيره به فان قيل قد ورد السمع به في قوله عم فليكفر عن يمينه ثم ليأت بالذي هو خير قلنا المعروف في الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة رض قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وائت الذي هو خير وفي مسلم من حديث ابي هريرة عنه عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير وحديث البخاري بالواو ليس في شيء من الروايات المعتبرة لفظ ثم الا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة في ابي داود قال فيه فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير وهذه الرواية مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا في البخاري وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملا للقليل الاقرب الى اللفظ على الكثير ومن ذلك حديث عائشة رض في المستدرك كان عم اذا حلف لا يحنث حتى انزل الله كفارة اليمين فقال لا احلف الى ان قال الا كفرت عن يميني ثم اتيت الذي هو خير وهذا في البخاري عن عائشة رض ان ابا بكر رض كان الى آخرها في المستدرك وفيه العطف بالواو وهو اولى بالاعتبار وقد شذت لمخالفتها روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فصدق عليها تعريف المنكر في علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الاكثر يعني من سواه ممن هو اولى منه بالحفظ والاتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء لجملة المذكور كما في ادخل السوق فاشتر لحما وفاكهة فان المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الامرين وهكذا قلنا في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وايديكم الآية وهذا لان الواو لما لم يقتض التعقيب كان قوله فليكفر لا يلزم تعقيبه للحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فليفعل الامرين فيكون المعقب الامرين ثم وردت روايات بعكسه منها ما في صحيح مسلم من حديث عدي بن حاتم عنه عم من حلف على يمين فرأى خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ومنها ما رواه الامام احمد عن عبد الله بن عمرو رض قال قال عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقال النسائي اخبرنا احمد بن منصور عن سفيان ثنا ابو الزعراء عن عمه ابي الاحوص عن ابيه قال قلت يا رسول الله ارأيت ابن عم لي آتيه اسأله فلا يعطيني ولا يصلني ثم يحتاج الي فيأتيني ويسألني وقد حلفت ان لا اعطيه ولا اصله فامرني ان آتي الذي هو خير واكفر عن يميني ورواه ابن ماجة بنحوه ثم لو فرض صحة رواية ثم كان من تغيير الرواة اذا ثبتت الروايات في الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث بالواو ولو سلم فالواجب ما قدمنا من حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه فتحمل ثم على الواو التي امتلأت كتب

قال ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل اليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل الكفارة لانها عبادة

الحديث منها دون ثم واما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف اصلا اعني قوله من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه الا ان المطلوب لم يتوقف عليه كذلك هذا ولفظ اليمين في قوله عليه السلام من حلف على يمين مجاز من اطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لان اليمين اسم للمجموع القسم والمقسم عليه وهو المراد قوله ثم لا يسترد من الفقير يعني اذا دفع الى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجزيه فليس له ان يسترد منه لانه تمليك لله قصد به القربة مع شيء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له ان ينقضه ويبطله **قوله** ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث اي يجب عليه ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقد ذكرناه آنفا ولان فيما قلناه من تحنيث نفسه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة وثبوت جابر الشيء كثبوت نفسه فكان المتحقق البر ولا جابر للمعصية في ضده اي في ضد ما قلناه وهو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو ان يبر في يمينه بفعل المعصية فانه حينئذ يتقرر المعصية دون جابر يجبرها واعلم ان المحلوف عليه انواع فعل معصية او ترك فرض فالحنث واجب او شيء غيره اولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه فان الحنث افضل لان الرفق يمن وكذا الحلف ليضربن عبده وهو يستاهل ذلك او ليشكون مديونه ان لم يوافه غدا لان العفو افضل وكذا التيسير للمطالبة او على شيء وضده مثله كالحلف لا يأكل هذا الخبز او لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين اولى ولو قال قائل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا ايمانكم على ما هو المختار في تأويلها انه البر فيما امكن **قوله** واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه اي لا كفارة عليه فالمراد حكم الحنث المعهود وكذا اذا حلف مسلما ثم ارتد ثم اسلم فحنث لا يلزمه شيء وعلى هذا الخلاف اذا قدر الكافر ما هو قربة من صدقة او صوم لا يلزمه شيء عندنا بعد الاسلام ولا قبله وبقولنا في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي واحمد يلزمه الكفارة بالمال لانه اهل لايجابه دون الصوم لانه عبادة وليس هو اهلا وصار كالعبد لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه احدى الخصال فكذا هذا لما تعذر منه الصوم تعين ما سواه وايضا هو اهل للبر فانه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن اخلاف ما عقده به عليه ولهذا يستحلف في الدعاوي ويدخل في المال العتق فانه يقبل الفصل عن العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه مجرد اسقاط المالية ثم يثبت في هذا السمع وهو ما في الصحيحين ان عمر بن الخطاب قال يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام وفي رواية يوما فقال اوف بنذرك وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله عليه السلام تبرئكم يهود بخمسين يمينا ولنا قوله تعالى انهم لا ايمان لهم واما قوله تعالى بعده وان نكثوا ايمانهم فيعني صور الايمان التي اظهروها والحاصل لزوم تأويل اما في ايمان لهم كما قال الشافعي ان المراد لا ايفاء لهم بها او في نكثوا ايمانهم على قول ابي حنيفة ان المراد ما هو صور الايمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثاني بالفقه وهو انا نعلم ان من كان اهلا لليمين يكون اهلا للكفارة وليس الكافر اهلا لها لانها انما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من اثم الحنث ان كان او ما وقع من اخلاف ما وقع عليه اسم الله تعالى اقامة لواجبه وليس الكافر اهلا لفعل العبادة وقولهم ايجاب المال والعتق يمكن تجريده عن معنى العبادة ليس بشيء لان ذلك في ايجاب المال والعتق من حيث هو ايجابهما والكلام في ايجابهما كفارة وايجابهما كفارة لا يقبل الفصل كما ذكرنا اذ لو فصل لم يكن كفارة لان ما شرع لصفة لا يثبت شرعا

ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم
الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة
لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة
وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه

الا بتلك الصفة والا فهو شئ آخر واما تحليف القاضي وقوله صلى الله عليه وسلم نشدتكم يهود بخمسين يمينا فالمراد كما قلنا صورة الايمان
فان المقصود منها رجاء النكول والكافر وان لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه هو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين
به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع الزامه بصورتها لهذه الفائدة وما في الهداية من انه مع الكفر لا يكون معظما ليس بصحيح الا ان
يريد تعظيما يقبل منه ويجازى عليه واما قوله عم اوف بنذرك فالمشهور من مذهب الشافعي ان نذر الكافر لا يصح فالاستدلال به كاللجاج وهم
يؤلونه انه امره ان يفعل قربة مستانفة في حال الاسلام لا على انه الواجب بالنذر دعا الى هذا العلم من الشرع ان الكافر ليس اهل القربة
من القرب فليس اهلا لالتزامها الا يرى انه لو فعلها لم تصح منه وتصحيح الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم لا لاضعاف العذاب وقول الطحاوي
انه ليس متقربا الى الله تعالى بل الى ربه الذي يعبده من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بهذه الذي
اشرك به ففيه قصور عن محل النزاع **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه كهذا الثوب على حرام او هذا الطعام او هذه الجارية او الدابة لم يصر محرما
وعليه ان استباحه كفارة يمين وليس ملكه شرطا للزوم حكم اليمين فانه جار في نحو كلام زيد على حرام ولو اريد بلفظ شيئا ما هو اعم من الفعل دخل
نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على حرام الطعام لا يملكه لانه حرام عليه التصرف فيه مع انه يصير به حالفا حتى لو اكله حلالا او حراما لزمته كفارة
والحاصل ان حرمته لا تمنع تحريمه حلفا الا يرى الى قولهم لو حرم الخمر على نفسه فقال الخمر على حرام ان المختار للفتوى انه ان اراد به التحريم
يعني الانشاء تجب الكفارة اذا شربها كانه حلف لا اشرب الخمر وان اراد الاخبار او لم يرد شيئا لا تجب الكفارة لانه امكن تصحيحه اخبارا
والمنقول فيه خلاف بين ابي يوسف وابي حنيفة عند احدهما يحنث مطلقا وعند الآخر لا يحنث من غير نظر الى النية ولو قال الخنزير على
حرام فليس بيمين الا ان يقول ان اكله وقيل هو قياس الخمر وهو الوجه واعلم ان الظاهر من تحريم هذه الاعيان انصراف اليمين الى الفعل
المقصود منها كما في تحريم الشرع لها في نحو حرمت عليكم امهاتكم وحرمت الخمر والخنزير فانه ينصرف الى النكاح والشرب والاكل وكذا قال في
الخلاصة لو قال هذا الثوب على حرام فلبسه حنث الا ان ينوي غيره وان قال ان اكلت هذا الطعام فهو حرام فاكله لا يحنث وذكر في المنتقى لو
قال كل طعام اكله في منزلك فهو على حرام ففي القياس لا يحنث اذا اكله هكذا روى ابن سماعة عن ابي يوسف ره وفي الاستحسان يحنث
والناس يريدون بهذا ان اكله حرام انتهى وعلى هذا فتجب في التي قبلها وهي قوله ان اكلت هذا الخنزير فهو على حرام ان يحنث اذا اكله وكذا ما ذكر
في الحيل ان اكلت طعاما عندك ابدا فهو حرام فاكله لم يحنث ينبغي ان يكون جواب القياس ولو قال لقوم كلامكم على حرام او كلمتم منهم حنث وفي
مجموع النوازل وكذا كلام فلان وفلان على حرام يحنث بكلام احدهما وكذا كلام اهل بغداد وكذا اكل هذا الرغيف على حرام يحنث باكل لقمة بخلاف
ما لو قال والله لا اكلم لا يحنث حتى يكلمهم وفي الخلاصة لو قال هذا الرغيف على حرام حنث باكل لقمة وفي فتاوى قاضي خان قال مشائخنا
الصحيح انه لا يكون حانثا الا ان قوله هذا الرغيف على حرام بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض وان قالت لزوجها
انت على حرام او حرمتك يكون يمينا ولو جامعها طائعة او مكرهة يحنث بخلاف ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فادخل لا يحنث ولو قال الدراهم
في يده هذه الدراهم على حرام ان اشترى بها حنث وان تصدق بها او وهبها لم يحنث بحكم العرف **قوله** وقال الشافعي لا كفارة عليه يعني
الا في الجواري والنساء وبه قال مالك لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين الا ان الشرع ورد به

ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا
مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رح وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم واذا
سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم وان نواها
كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشائخنا رح قالوا يقع به الطلاق عن غير نية
لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بردست راست گيرم بروى
حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف

في الجواري والنساء في معناها فيقتصر على مورده والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم
فبين سبحانه انه عم حرم شيئا مما هو حلال وان فرض له تحلة فعبر عن ذلك بقوله تحلة ايمانكم وعلم انه سبحانه جعل تحريم ما احل الله له يمينا فيها الكفارة غير
مفيد لان الكلام الآن في تخصيصه بمورده او تعميمه اجيب بان العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ما احل الله لك وقد يدفع بان المراد به خصوص ما وقع تحريمه
اي لم حرمت ما كان حلالا لك ولذا قال تبتغي مرضات ازواجك وانتفاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل ببعض يسير والجواب
انه كما ورد انها انزلت في تحريم مارية ورد انها نزلت في تحريم العسل في الصحيحين عن عائشة رض كان عليه الصلوة والسلام يمكث عند زينب بنت
جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت انا وحفصة ان ايتنا دخل عليها فلتقل اني اجد منك ريح مغافير فدخل على احداهما فقالت له ذلك فقال
لا بل شربت عسلا عند زينب ولن اعود اليه فنزلت يا ايها النبي لم تحرم وهذا اولى بالاعتبار لان رواية صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة وح
لا مانع من كونه لهما في الامرين جميعا وقوله تعالى تبتغي مرضات ازواجك وان كان ظاهرا في انها في تحريم مارية لان مرضاتهن كان في
ذلك لا في ترك العسل فلا شك انه ايضا في ترك شربه عند الضرورة وان قيل انه روي انه قال والله لا اذوقه فلذلك سمي تحريما ولزمته التحلة
اجيب بانه لم يذكر في الآية ولا في الحديث الصحيح فلا يجوز ان يحكم به وتقييد به حكم النص واعلم ان الذي في الحديث الصحيح هو قوله ولن اعود اليه
ولا شك ان هذا ليس بيمين موجب للكفارة عند احد فحيث ذكر الله تعالى ما يفيد ان الواقع منه كان يمينا وجب الحكم بانه كان منه عم مع ذلك القول
قول آخر لم يرو وفي تلك الرواية تثبت به اليمين فيجاز كونه قوله والله لا اذوقه وجاز كونه لفظ التحريم الا ان لفظ حرم على نفسه ظاهر في ارادة قال
حرمت كذا ونحوه بخلاف الحلف على تركه وحاصل الوجه الذي اقتصر عليه المص وهو ان لفظه ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله باثبات
حرمته اي حرمة ذلك الشيء لغيره وهو اليمين باثبات موجب اليمين وهو البر اذا لم يفعله والكفارة ان فعله صونا لكلامه عن الالغاء فضلا لانه
الله عليه لعم المعنى المذكور النساء وغيرهن قوله ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة في
قوله وعليه ان استباحه كفارة يمين وبه عرف ان مراده بقوله لم يصر محرما عليه المحرم لنفسه والاصح قول استباحه وانما يحنث بالقليل والكثير لان
التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه فيتناول جزء يلزمه الحنث وهذا بخلاف ما تقدم من والله لا آكل وهذا الرغيف علي حرام على ما نقل قاضي خان
عن المشائخ **قوله** ولو قال كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك فاذا اكل او شرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته
والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه كفتح العينين وتحريك الجفنتين وهو قول زفر بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر
اللفظ وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم والظاهر انه لم ينعقد للحنث ابتداء اي لا يكون الغرض من عقد اليمين
الحنث فكان ذلك قرينة صارفة عن صرافة العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه اي هذا اللفظ يستعمل فيما
يتناول عادة وهو الطعام والشراب فظهر ان ما قيل انه تعذر الحمل على العموم فيحمل على اخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب
اخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه اللفظ ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ
فاذا نواها اتصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها في الارادة بخلاف نحو اسقني اذا اريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع كان بمجرد النية
فاذا نواها كان ايلاء لان الحلف على قربانها ايلاء ولا ينصرف عن الطعام والشراب فايهما فعل حنث واذا كان ايلاء فهو ايلاء مؤبد فان قربها

ومن نذر ــــــــــ نذرا مطلقا فعليه الوفاء

اربعة اشهر بانت الى آخر احكام الايلاء المؤبد وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشائخنا اى مشائخ كابى بكر الاسكاف وابى بكر بن ابى سعيد والفقيه ابى جعفر قالوا يقع به الطلاق من غير الغلبة الاستعمال فى الطلاق فينصرف اليه من غير نية وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال المصنف وعليه الفتوى وقال البزدوى فى مبسوطه هكذا قال بعض مشائخ سمرقند ولم يتضح لى عرف الناس فى هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ولو كان العرف مستفيضا فى ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح ان يقيد الجواب فى هذا ويقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا اما من غير دلالة فالاحتياط ان يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين واعلم ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا بل المتعارف فيه حرام كلامك ونحوه كاكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة وهى كل حلال على حرام وتعارفوا ايضا الحرام يلزمنى ولا شك فى انهم يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا افعل كذا او لافعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمنى لا افعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهى طالق ويجب امضاؤه عليهم وفى القنية لو قال حلال الله على حرام او قال حلال خداى ولو امرأة ينصرف اليها من غير نية وعليه الفتوى وان لم تكن له امرأة تجب عليه الكفارة قال المصنف وكذا ينبغى فى حلال بروى حرام للعرف يعنى يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى واختلفوا فى قوله هرچه بدست راست گيرم بروى حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف قال فى الخلاصة لا يصدق انه لم ينو ولو قال هرچه بدست راست گرفته ام فهو بمنزلة قوله گيرم ولو قال هرچه بدست چپ گيرم فى مجموع النوازل لا يكون طلاقا وان نوى ولو قال هرچه بدست گيرم ولم يقل راست او چپ فهو كقوله بدست راست گيرم والحاصل ان المعتبر فى انصراف هذه الالفاظ عربية او فارسية الى معنى بلا نية التعارف فيه فان لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال اردت غيره لا يصدقه القاضى وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق قوله ومن نذر نذرا مطلقا اى غير معلق بشرط كان يقول على الله صوم شهر او حجة او صدقة او صلاة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب فعليه الوفاء بها وهذه شروط لزوم النذر فخرج النذر بالوضوء لكل صلاة فانه لا يلزم لانه غير مقصود لنفسه وكذا النذر بعيادة المريض لانه ليس من جنسه واجب واما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب ان يكون معناه اذا كان حراما لعينه او ليس فيه جهة القربة فان المذهب ان نذر صوم يوم العيد ينعقد ويجب الفطر والقضاء بصوم يوم غيره ولو صامه خرج عن العهدة ولنا فيه بحث ذكرناه فى مختصر الاصول ومذهب احمد وفيه كفارة يمين عينا لحديث ورد فيه وهو قوله عليه السلام لا نذر فى معصية وكفارته كفارة يمين رواه الترمذى بسند قال فيه صاحب التنقيح كلهم ثقات ومع ذلك فالحديث غير صحيح بين علته وكذا قال الترمذى وقوله فعليه الوفاء به اى من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به او عين وهو خلافية زفر ولو نذر ان يتصدق بهذه الدرهم فتصدق بغيره عن نذره او نذر التصدق فى هذا اليوم فتصدق فى غد او نذر ان يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذره اجزأه فى كل ذلك خلافا لزفر له انه اتى بغير ما نذره ولنا ان لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات آخر لا دخل لها فى صيرورته قربة وقد اتى بالقربة الملتزمة وكذا اذا نذر ركعتين فى المسجد الحرام فاداها فى اقل شرفا منه او فيما لا شرف له اجزأه خلافا لزفر وافضل الاماكن المسجد الحرام ثم مسجد النبى صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد الحى ثم البيت لانه نذر بزيادة قربة فتلزم قلنا عرف من الشرع ان التزامه ما هو قربة موجب ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان بل انما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم اصل القربة بالتزامه الى لزوم التخصيص بمكان فكان ملغى وبقى لازما بما هو قربة فان قلت من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال ابو يوسف اذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافا لمحمد والجواب ان محمدا

لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح

احمد وكذلك ولما ابو يوسف فانما صح بوضوء لانه حين نذر ركعتين لزمتاه بوضوء لان التزام المشروط التزام الشرط فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يؤثر ونظيره اذا نذرهما بلا قراءة لزمتاه ركعتين بقراءة او نذر ان يصلي ركعة واحدة لزمتاه ركعتين او ثلثا لزمتاه باربع وقال زفر لا يصح النذر في الاوليين لان الصلوة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة وفي الثالثة وهي ما اذا نذر بثلث يلزمه ركعتان لانه التزم ركعة بعد الثنتين فصار كما اذا التزامها مفردة على قوله ولنا معنى ما قدمناه وهو ان لا التزام لشئ التزام بما لا صحة له الا به ولا صحة للصلوة بلا قراءة ولا للركعة الواحدة الا بضم الثانية اليها فكان ملتزما القراءة والثانية واحتاج محمد الى الفرق بين التزام الصلوة بلا وضوء حيث ابطله والتزامها بلا قراءة حيث اجازه والفرق ان الصلوة بلا طهارة ليست عبادة اصلا وبلا قراءة تكون عبادة كصلوة الامي وهذه المسائل وان كانت تقدمت متفرقة الا ان هذا المكان محلها بالاصالة فلم ار اخلاءه منها نصيحة لدين رب العالمين **قوله** لقوله عم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب الا انه مستغنى عنه وفي لزوم المنذور الكتاب والسنة والاجماع قال تع وليوفوا نذورهم وصرح المص في كتاب الصوم بان المنذور واجب للآية وتقدم الاعتراض بانها توجب الافتراض للقطعية والجواب بانها مؤولة اذ خص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة واما السنة فكثير منها حديث في البخاري من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه روته عائشة رض والاجماع على وجوب الايفاء به استدل من قال من المتاخرين بافتراض الايفاء بالنذر **فروع** اذا نذر شهرا بعينه كرجب وجب التتابع لكن لو افطر يوما لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو افطر فيه يوما لا يلزمه الا قضاؤه كذا هذا وان لم يعين كشهر ان شاء تابعه وان شرط التتابع لزمه فيستقبل ولو التزم بالنذر اكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار قال الطحاوي اذا اضاف النذر الى سائر المعاصي كله على ان اقتل فلانا كان يمينا ولزمته الكفارة بالحنث لله علي ان اطعم المساكين على عشرة عند ابي حنيفة يقع على طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحسانا لله علي ان اعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه ان يعتقها فان لم يعتقها اثم ولا يجبر والقاضي قال ان برئت من مرضي فعلي شاة اذبحها او ذبحت شاة لا يلزمه شئ ولو قال اذبحها واتصدق بلحمها لزمه قال لله علي ان اذبح جزورا واتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز **قوله** وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث الذي رويناه من البخاري وغيره فانه امر بذلك من غير تقييد بمنجز ولا معلق ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كانه قال عند الشرط لله علي كذا وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه اي عن لزوم عين المنذور اذا كان معلقا بالشرط الا انه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد رح اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة ان شاء حج او صام سنة وان شاء كفر فان كان فقيرا صار مخيرا بين صوم سنة او صوم ثلثة ايام والاول وهو لزوم الوفاء عينا هو المذكور في ظاهر الرواية والتخيير عن ابي حنيفة في النوادر وروى عن عبد العزيز بن خالد الترمذي خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على ابي حنيفة فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رأيي ان ارجع فلما رجعت من الحج اذا ابو حنيفة رح قد توفي فاخبرني الوليد بن ابان انه رجع قبل موته بسبعة ايام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسمعيل الزاهد وقال الولوالجي مشائخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة قال لكثرة البلوى في هذا الزمان وجه الظاهر النصوص من آية الكريمة والاحاديث ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر عنه عم قال كفارة النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان يسقط بالكفارة مطلقا فتعارض فيحمل مقتضى الايفاء بعينه على المنجز ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق ولا يشكل الا ان المعلق

قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لابد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

منتف في الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين في ان سبب الايجاب في الحنث منتف حالة التكلم فيلحق به بخلاف النذر المنجز لانه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الايفاء واختار المص والمحققون ان المراد بالشرط الذي تجزي معه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان فانه اذا لم يرد كونه يعلم انه لم يرد كون المنذور حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط لان تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فان الانسان لا يريد ايجاب العبادات دائما وان كانت مجلبة للثواب مخافة ان يثقل فيتعرض للعقاب ولهذا صح عنه عم انه نهى عن النذر وقال انه لا يات بخير الحديث واما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله ان شفى الله مريضي او قدم غائبي او مات عدوي فلله علي صوم شهر فوجد الشرط لا يجزيه الا عين فعل المنذور لانه اذا اراد كونه كان مريدا كون النذر وكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الايفاء فصار محل ما يقتضي الايفاء المنجز والمعلق المراد كونه محمل ما يقتضي اجزاء الكفارة والمعلق الذي لا يراد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج ومذهب احمد فيه هذا التفصيل الذي اختاره المص واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء بالكفارة في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع انه مطلق وليس هذا الا لما قلنا وهذا التقرير اولى مما قيل لان الشرط اذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين للمنع فاجزأ فيه الكفارة بخلاف الذي يريد كونه ورد على هذا التقرير ان اليمين كما تكون للمنع تكون للحمل فلم يختص معناها بما لا يراد كونه فالفرق على هذا الحكم قوله ومن حلف على يمين اي على محلوف عليه فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه وكذا اذا نذر وقال ان شاء الله متصلا لا يلزمه شئ قال محمد بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رض وكذلك قال موسى عم ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعد مخلفا بوعده وتقدم في الطلاق وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر لان الاشياء كلها بمشية الله تعالى فلا يتغير بذكره حكم وللجمهور قوله عم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه ابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن ولانه تعليق للمحلوف عليه بمشية الله تعالى اعني اذا قال والله لا اخرج اليوم ان شاء الله فقد علق خروجه بمشية الله تعالى فاذا خرج لا يحنث لان المعنى ان شاء الله عدم الخروج لا اخرج فاذا خرج تبين انه تعالى لم يشأ عدم الخروج وهذا ينتقض على مالك في اليمين اما في الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر فانه اذا قال انت طالق ان شاء الله تعالى فالظاهر ان المتعلق بالمشية هو انت طالق ولا معنى له لانه قد شاء الله قوله وقوله انت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن اعدامه فلو جعل مصروفا الى الوقوع على معنى انت طالق ان شاء الله وقوع طلاقك فخلاف اللفظ ثم لا يجدي لانه قد شاء الله وقوع طلاقها اذ قد شاء تلفظه بانت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا ان المعلق بالمشية ان كان لفظ انت طالق فقد شاءه حيث وجد فيوجد حكمه او نفس الوقوع فقد شاءه حيث شاء علته وهو تلفظه وما في الطلاق تقدم تضعيفه وهذا ما وعدناه في الطلاق ثم شرط عمل الاستثناء في الابطال الاتصال فلو انقطع بنفس او سعال ونحوه لا يضر والله تعالى اعلم

باب اليمين في الدخول والسكنى اراد بيان الافعال التي يحلف عليها فعلا فعلا وبدأ بفعل السكنى لانه اول الافعال التي يحتاج

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فالبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

اليها الانسان ان يحل بمكان ثم يفعل ما يحتاج اليه من اللبس والاكل وغيره وكل من الاكل والشرب وان كان من الضروريات لكن حاجة الحلول في مكان الزم للجسم من اكله ولبسه **قوله** ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او الكنيسة وهي متعبد اليهود والبيعة وهي متعبد النصارى لم يحنث لان الاصل ان الايمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي رحمه الله ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك رحمه الله ولا على النية مطلقا كما عن احمد رحمه الله لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العرفي اعني الالفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف كما ان العربي حال كونه بين اهل اللغة انما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف الفاظ المتكلم الى ما عهد انه المراد بها ثم من المشايخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم في الفرع الذي ذكره صاحب الذخيرة والمرغيناني وهو ما اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت انه يحنث بانه خطأ ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما اذا لم يمكن العمل بحقيقته ولا يخفى ان هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية الا فيما من الالفاظ ليس له وضع لغوي بل احدثه اهل العرف وان ما له وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر معناه اللغوي وان تكلم به متكلم من اهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصر المعتبر الا ما تعذر وهذا بعيد اذ لا شك ان المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذي به التخاطب سواء كان عرف اللغة ان كان من اهل اللغة او غيرها ان كان من غيرها نعم ما وقع استعماله مشتركا بين اهل اللغة واهل العرف تعتبر اللغة على انها العرف واما الفرع المذكور فالوجه فيه انه ان كان نواه في عموم بيتا حنث وان لم يخطر له وجب ان لا يحنث لانصراف الكلام الى المتعارف عند اطلاق لفظ بيت فظهر ان مرادنا بانصراف الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا له وان كان له نية شيء واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره اذا عرف هذا فالكعبة وان اطلق عليها بيت في قوله تعالى ان اول بيت وضع للناس للذي ببكة وكذا المسجد في قوله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام ولكن اذا اطلق البيت في العرف فانما يراد به ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز ان كان كبيرا بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتة للضيوف في بعض القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الاتباع في بعض الاوقات فيحنث والحاصل ان كل موضع اذا اغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة تصلح للمبيت من سقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها اربع حوائط كما هي صفاف الكوفة او ثلاثة على ما صححه المصنف بعد ان يكون مسقفا كما هي صفاف ديارنا لانه يبات فيه غاية الامر انه مفتحه واسع وكذا الظلة اذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفا بخلاف ما اذا كان معناها ما هو على ظاهر الباب في الشارع من سقف له جذوع اطرافها على جدار الباب واطرافها الاخرى على جدار الجار المقابل له وسيأتي ان السقف ليس شرطا في مسمى البيت فيحنث وان لم يكن الدهليز مسقفا **قوله** ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة في العجم والعرب وقد شهدت اشعار العرب بذلك قال النابغة الذبياني واسمه زياد بن معاوية ؎ يا دار مية بالعلياء فالسند + اقوت وطال عليها سالف الابد + وقفت فيها اصيلانا اسائلها + عيت جوابا وما بالربع من احد + الا الاواري لايا ما ابينها + والنؤي كالحوض بالمظلومة الجلد + اذا كانت الدار بالعلياء فالسند

ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لانه لم يبق دارا لاعتراض اسم اخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدارية

وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند اليه اى يصعد لم يضرها السيل واقوت اقفرت وطال عليها سالف الابد بالباء السالف الماضى والابد الدهر اى طال عليها ماضى الزمان وهذا كناية عن خرابها واصيلانا تصغير جمع اصيل اصلان كبعير وبعران وهو عشية النهار وقد ابدل نونه لاما فيقال اصيلال وانما صغره للدلالة على قصر الوقت الذى وقف فيه للمسائلة وهذا السوال ترجع وتحسر وعييت جوابا عجزت يقال فى تعب البدن اعياء والفعل اعيى وفى كلال اللسان عيى ورتى فاضل قادما الى المدينة ماشيا فقال له مولانا عيى ام اعيى فقال بل اعييت فوضع اعييت جوابا فى البيت المذكور مكان عييت خلاف المعروف والاوارى جمع آرى وهى مجالس الخيل ومرابطها واللاى البطؤ اى تبتين لها ببطؤ فاستلزم تعبا ومن فسر اللاى بالشدة فهو باللازم فان البطؤ فى التبيين لا يكون الا للتعب فيه والنؤى حاجز من تراب يجعل حول الخباء لمنع السيل من دخوله وما وقع فى بعض المواضع من انه حفيرة غلط وما عسى ان يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فانها لو كانت بيرا امتلأ فى لحظة وفاض وانما هو ما ذكرنا ولذا قال فى البيت بعده ردت عليه اقاصيه ولبده ضرب الوليدة بالمسحاة فى الناء يعنى ردت الوليدة وهى الامة الشابة ما تباعد من تراب النؤى بسبب تهدمه عليه بضرب المسحاة فى الناء وهى الارض الندية قال الاعلم وهو مصدر وصف به واراد بالمظلومة الارض التى لم تمطر والجلد الصلب فيكون النؤى والوتد اشد ثباتا فيها وقال امرؤ القيس يا دار مارية بالحائل فالسهل فالحبتين من عاقل صم صداها وعفا رسمها واستعجمت عن منطق السائل يريد انها مقفرة لا انيس فيسمع صوته ولا احد يتكلم فيجيبه الصدى وهو الذى يسمى بابنة الجبل وقال امرؤ القيس لمن طلل ابصرته فشجانى كخط زبور فى عسيب يمانى ديار لهند والرباب وفرتنى ليالينا بالنعف من بدلان يريد درست وخفيت الآثار كخفاء خط الكتاب ودقته اذا كان فى عسيب يمان وكان اهل اليمن يكتبون عهودهم فى عسيب النخلة وهذه الاشعار وما لا يحصى كثيرة تشهد بان اسم الدار للعرصة ليس غير لان هؤلاء المتكلمين بهذه الاشعار لا يريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه الديار التى ذكروها لم يكن فيها بناء قط بل هى عرصات منزولات انما يضعون فيها الاخبية لا الابنية الحجر والمدر فصح ان البناء وصف فيها غير لازم وانما الكلام فيها كونها قد نزلت غيرانها فى عرف اهل المدن لا تقال الا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها فاما اذا امحت الابنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر ان اطلاق اسم الدار فى العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان فى الحقيقة ان يقال كانت دارا واذا عرف ذلك فاذا حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة بان صارت لا بناء لها لا يحنث وهذا هو المراد فانه قال فى مقابله فيما اذا حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما صارت صحراء حنث انما تقع المقابلة بين المعين والمنكر فى الحكم اذا توارد حكمهما على محل فاما اذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغى ان يحنث فى المنكر الا ان يكون له نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفا فيها يعنى معتبرا فيها غير ان الوصف فى الحاضر لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفى الغائب معتبر لانه المعرف له **قوله** ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام ولو جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بنى بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا وكذا اذا غلب عليها الماء او جعلت نهرا فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد ما انهدم المبنى ثانيا فى الحمام وما معه لانه لا يعود اسم الدارية بياء مشددة وكذا اذا بنى دارا

وان حلف لايدخل هذا البيت فدخله وبعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت لانه لايبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام **قال** ومن حلف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لايحنث **قال** واذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار

بعد ما انهدم ما بنى ثانيا من الحمام ونحوه لانها غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها ويرد على هذا التفصيل ان البناء ان كان جزء مفهوم الدار عرفا فعدم الحنث اذا زال في المنكر حق لكن ثبوت الحنث في المشار اليها بعد ما صارت صحراء مشكل لان كون الاشارة تعين الذات انما يقتضي تعين هذا البناء مع الساحة محلوفا عليه وقد انتفى ويقتضي ايضا انه لو دخلها بعد ما انهدمت بنيت دارا اخرى لايحنث لان هذا البناء الثاني ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه فان قيل الحلف اذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد قلنا ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لايكلم زيدا وعمرا واهل الكوفة لايحنث بكلام احدهم وان لم يكن جزء بل المعتبر كون العرصة بينت لايشكل عليه عدم الحنث في المنكر فيما اذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى **قوله** وان حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لان اسم البيت وقد زال بالانهدام لزوال سماه وهو البناء الذي يبات فيه بخلاف الدار لانها تسمى دارا ولا بناء فيها ولو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وهذا يفيدك ان ذكر السقف في الدهليز من قوله وهو مسقف لاحاجة اليه لانه تعين ان البيتوتة والبيت لايلزم في مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوي وغير مسقف وهو الصيفي وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لايحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وهذا المبنى غير البيت الذي منع نفسه دخوله ولو حلف لايدخل بيتا فدخل بيت شعر او فسطاطا ان كان من اهل البادية حنث والا لايحنث **قوله** ومن حلف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها من غير دخول من الباب بان ظفر من سطح الى سطحها حنث لان السطح من الدار الا يرى ان المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد فلو عد السطح خارجا فسد وقد يقال المبنى مختلف فان الايمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو في حكم المسجد خارجا في العرف الا يرى ان فناء المسجد له حكم المسجد في بعض الاشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن في المسجد ولا شك انه خارج فالاقرب ما قيل الدار عبارة عما احاطت به الدائرة وهذا حاصل في علو الدار وسفلها وهذا يتم اذا كان السطح بحظير فلو لم يكن له حظير فليس هو الا في هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة ان يكون عرف انه يقال انه داخل الدار والحق ان السطح لاشك انه من الدار لانه من اجزائها حسا لكن لايلزم من القيام عليه ان يقال في العرف دخل الدار بل لايتعلق لفظ دخل الا بجوف حتى صح ان يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحبل وهذا في عرف من ليس من اهل اللسان فطابق عرف العجم ولو جمع بين قول المتقدمين والمتاخرين بان يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كان للسطح حظير وجواب المتاخرين المعبر عنهم بقوله وقيل في عرفنا يعني عرف العجم لايحنث الا بالوقوف على السطح على ما اذا لم يكن له حظير اتجه وهذا اعتقادي **قوله** وقيل في عرفنا لايحنث ما لو وقف على السطح وكذا لايحنث بالصعود على شجرة داخلها لانه لايسمى داخل الدار ما لم يدخل جوفها وكذا اذا قام على حائط منها **قوله** وكذا اذا دخل دهليزها يعني يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو ان يكون له حوائط وهو مسقف وانت علمت ان السقف ليس لازما في مسمى البيت بل في مسمى البيت الشتوي **قوله** وان وقف في طاق الباب وهو بحيث اذا اغلق الباب بان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل راسه او احدى رجليه او حلف لايخرج فاخرج احداهما او راسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك وقد كان عليه السلام يناول راسه عائشة رضي الله عنها لتغسله وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها ولان قيامه بالرجلين فلا يكون باحدهما داخلا

ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث وحلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر رح يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه

كان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل رأسه او احدى رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احدهما او رأسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك رح وقد كان عم يناول رأسه عائشة لتصلحه وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها ولان قيامه بالرجلين فلا يكون باحدهما داخلا ولا خارجا وفي هذا خلاف فانه ذكر في الخلاصة لو قال لامرأته ان خرجت الا باذني فانت طالق فقامت على اسكفة الباب وبعض قدمها بحال لو اغلق الباب كان ذلك المقدار داخلا وبعضه الباقي خارجا ان كان اعتمادها على النصف الخارج حنث وان كان على النصف الداخل او عليهما لا يحنث وفي المحيط ولو ادخل احدى رجليه لا يحنث وبه اخذ الشيخان الامامان شمس الائمة الحلوائي والسرخسي هذا اذا كان يدخل قائما فاما اذا كان يدخل مستلقيا على ظهره او بطنه او جنبه فتدحرج حتى صار بعضه داخل الدار ان كان الاكثر داخل الدار يصير داخلا وان كان ساقاه خارجا ولو تناول بيده شيئا من داخل لا يحنث

فروع حلف لا يدخل هذه الدار فادخل مكرها اي محمولا لا يحنث فان ادخل وهو بحال لا يقدر على الممتنع لكن رضي بقلبه اختلفوا والاصح انه لا يحنث فلو خرج بعد دخوله مكرها اي محمولا ثم دخل هل يحنث اختلفوا قال السيد ابو شجاع لا يحنث وهكذا في شرح الطحاوي وقال القاضي الامام الاصح انه يحنث وسيأتي تتمة ولو اشتد في المشي فوقع في الباب يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد اشرع الى السكة حنث اذا كان احد بابيه في السكة والآخر في الدار وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار وكذا الكنيف اذا كان بابه في الدار ولو حلف لا يدخل بلخ او مدينة كذا فعلى العمران بخلاف كورة بخارا ورستاق كذا اذا دخل ارضها حنث والفتوى في زماننا ان كورة بخارا على العمران وعلى هذا القياس اذا حلف لا يدخل كورة مصر او بلاد مصر وهو بالشام فدخل العريش يحنث ولو حمل على العمران لا يحنث حتى يدخلها ولو حلف لا يدخل بغداد فمر بها في سفينة بدجلة فعند محمد يحنث وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينة في الفرات او دخل جسرا لا يحنث ولو قال ان وضعت قدمي في دار فلان فكذا فوضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لان وضع القدم ههنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل لوضع احدى رجليه ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم بني مسجدا فدخله يحنث كالدار ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدا فيها ولم يدخلها لا يحنث في المختار قال في مجموع النوازل هذا اذا لم يكن للمسجد باب في السكة وكذا اذا دخل بيتا في طريق السكة ان كان له باب فيها حنث وان كان ظهره فيها وبابه في سكة اخرى لا يحنث هذا هو الصحيح ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حنث ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحنث ولو كان لها باب حين حلف وجعل لها باب آخر فدخل منه حنث لان الحلف على باب منسوب اليها فيستوي القديم والحادث الا ان عين ذلك الباب في حلفه ولو نواه ولم يعينه في حلفه لا يدين في القضاء ولو حلف لا يدخل دارا فدخل قناة حتى صار تحتها ان كان لها مفتح في الدار ينتفع به بان يستقوا منه حنث اذا وصل هناك وان كان لا ينتفعون به انما هو لضياءة القناة لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذا الفسطاط فقوض وضرب في مكان آخر فدخله حنث **قوله**

ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالمكث فيها اياما وهو المراد بالقعود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحسانا والقياس ان يحنث بالمكث وان قصر لان الدوام له حكم ابتداء الدخول حتى صحت ارادته به اعني لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى به المكث والقرار فيها صح حتى لو دخل ابتداء لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى وجه الاستحسان ان الدخول حقيقة لغة وعرفا الانفصال من الخارج الى الداخل ولا دوام لذلك فليس الدوام مفهومه ولا جزء مفهومه لكونه مما يصح ان يراد باللفظ مجازا لانه لازم للدخول عادة وان قل اذا كان الدخول يراد للمكث لا يقتضي الحنث به لان اليمين لا تنعقد على المعنى المجازي للفظ بل الحقيقي وكذا لو كان حلف ليدخلنها غدا وهو فيها فمكث حتى مضى

فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه

الغد حنث لانه لم يدخلها فيه اذ لم يخرج ولو نوى بالدخول الاقامة فيه لم يحنث وعلى هذا فقد يقال ليس هنا قياس في مقابلة الاستحسان فان القياس الكائن في مقابلته هو ما يتبادر ويتسارع الى الذهن ولا يتسارع لاحد من لفظ ادخل معنى استمر مقيما فيقتضي العجب من زفر بقوله بالحنث وهذه المسئلة عليها الائمة الاربعة الا في وجه عند الشافعي كقول زفر ونظير المسئلة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث بخلاف المسائل التي ذكرها بقوله لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها او لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث قليلا حنث فلو نزع الثوب من ساعته او نزل او اخذ في النقلة لم يحنث خلافا لزفر اما الاول وهو الحنث بمكثه فلان هذه الافعال انما حكم الدوام بحدوث امثالها ولهذا لو قال لها كلما ركبت فانت طالق وهي راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت فان مكثت ساعة اخرى كذلك طلقت اخرى بخلاف ما لو قال كلما ركبت دابة فانت طالق فلم تنزل لزمه طلقة واحدة وان طال مكثه لان لفظ ركبت اذ لم يكن الحالف راكبا يراد به انشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وان كان له حكم الابتداء بخلاف حلف الراكب لا يركب فانه يراد به الاعم من ابتداء الفعل وما في حكمه عرفا واستوضح على ان هذه الافعال لها دوام بتجدد امثالها بقوله الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما وسكنت شهرا بخلاف الدخول فانه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول بل يقال في مجازي الكلام دخلت عليه يوما مرادا به اما مجرد بيان الظرفية لا التقدير واما مطلق الوقت اذ كان لا يمتد فيراد به ما يعم النهار والليل وذلك اعني عدم ضرب المدة تقديرا للدخول دليل انه ليس فيه تجدد وامثال يصير به مكررا فيحنث بحدوث المتكررات فلا يحنث الا بابتداء الفعل الا ان ينوي به البقاء وهذه على عكسه ينعقد بمقتضى مطلق اللفظ على الاعم من الابتداء والبقاء واما الابتداء فقط فمحتمله حتى لو اراد بقوله لا اسكن او اركب والبس ابتداء الفعل فقط صدق لانه محتمل كلامه فلا يحنث باستمراره ساكنا وراكبا ولابسا وفرع بعض اهل العلم على كون هذه لها تجدد وامثال يصير بها في معنى الابتداء انه لو حلف وهو لابس ليلبس هذا الثوب غدا واستمر لابسه حتى مضى الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه في الغد ثم انما يحنث بتاخير ساعة اذا امكنه النقل فيها فاما اذا لم يقدر بان كان بعذر الليل وخوف اللص او منع ذي سلطان او عدم موضع ينتقل اليه او اغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر واورد ما ذكر الفضلي فيمن قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقيد او منع من الخروج حنث وكذا اذا قال لامرأته وهي في منزل ابيها ان لم تحضري الليلة منزلي فطالق فمنعها ابوها حنثت اجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدما فيحنث بتحققه كيف ما كان لان العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى لان المعقود عليه الاختياري وينعدم بعدمه فيصير مسكنا لا ساكنا فلم يتحقق شرط الحنث وسنذكره في فروع توضيح الوجه فيه باتم ان شاء الله تعالى وكذا لو بقي اياما في طلب مسكن وترك الامتعة والاهل في هذه

الليلة

قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رح لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة رح لابد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شئ منه وقال ابو يوسف رح يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رح يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس

هذه الايام لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل فصار مدة الطلب مستثنى اذا لم يفرط في الطلب وهذا اذا خرج من ساعته في طلب المنزل ولو اخذ في النقلة شيئا فشيئا فان كانت النقلات لا تفتر لا يحنث ولو امكنه ان يستاجر من نقل متاعه في يوم فليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل باسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلا في العرف واما الثاني فوجه قول زفر رح ان الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس ولنا ان اليمين تعقد للبر لا للحنث ابتداء وان وجب الحنث في بعض الاوقات واذا كان المقصود من اليمين وضعا البر وجب استثناء مقدار ما يحققه من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع **قوله** ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو وترك متاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع حنث وهذه المسئلة فرع التي قبلها لما كان بالاخذ في النقلة من ساعته يبر ذكر معنى النقلة التي بها يتحقق البر فبين انه لابد في كونه منتقلا من الدار من نقل الاهل والمال وكذا الحلف على ان لا يسكن في هذه المحلة او السكة لو خرج بنفسه عازما على عدم العود ابدا حنث وان خرج على عزم ان يرسل من ينقلهم لانه يعد المتاهل ساكنا بمحل يسكني اهله وماله عرفا واستشهد للعرف بان السوقي عامة نهاره في السوق بحيث لا يخرج منه الا ليلا او بعض الليل ايضا ويقول انا ساكن في محلة كذا وذلك لقرار اهله وماله بها وبهذا القول قال احمد ومالك وعند الشافعي لا يحنث اذا خرج بنية التحويل قيل وهذا الخلاف بيننا وبينه مبني على ان العبرة عنده لحقيقة اللفظ ولا تعتبر العادة بخلافها وهو اذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل فلا شك في انه بنفسه انتقل وعندنا العبرة للعادة بخلافها لطرئها على الحقيقة والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه والعادة ان من كان اهله بمكان ببلدة هو بها ساكن فيه عملا للعرف فمبنى اللفظ عليه وهذا اذا الحالف مستقلا بسكناه قائما على عياله فان كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع ابيه او امراة مع زوجها فلو حلف احدهما لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه وترك اهله وماله ومن زوجها وما لها لا يحنث وقيده الفقيه ابو الليث ايضا بان يكون حلفه بالعربية ولو عقد بالفارسية لا يحنث اذا خرج بنفسه وترك اهله وماله وان كان مستقلا بسكناه نعم لقائل ان ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك ان السوقي انما يقول انا ساكن في محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيما اذا خرج عازما على عدم العود كما هي صورة المسئلة فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعي ان العرف على انه ساكن ما لم ينقل اهله وماله حتى انه يقال بعد خروجه كذلك فلان يريد ان ينتقل عن مسكنه ولكن لم ينتقل بعد **قوله** ولو كان اليمين على المصر ما تقدم كان فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهي تسمى في عرفنا الحارة فلو كان حلف لا يسكن هذا المصر او هذه المدينة قلنا لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رح نقله الفقيه ابو الليث رح عن امالي ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه بنفسه وان ترك اهله وماله عرفا فلا يقال لمن اهله بالبصرة وبالوه بنفسه قاطن في الكوفة هو ساكن بالبصرة والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ولو حلف لا يسكن هذه القرية او البلدة وهو مشربة فانتقل الى قرية اخرى وترك اهله وماله في الاولى لا يحنث وقوله في الصحيح احتراز ممن قال هي كالحلف لا يسكن الدار فيحنث **قوله** ثم قال ابو حنيفة لابد في كونه انتقل من الدار وما شاكلها مما ذكرنا من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد ونحوه يحنث

ثم قال ابو حنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبتت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تاخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضاء

لان السكنى من الحالف تثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء في المبسوط وهذا اصل لابي حنيفة حتى جعل صفة السكون في العصير مانعا من ان يكون خمرا وبقاء مسلم واحد آمنا في بلدة ارتد اهلها مانعا من ان تصير دار الحرب الا ان مشائخنا قالوا هذا اذا كان الباقي يتاتى به السكنى اما ابقاء مكنسة او وتد او قطعة حصير لا يبقى بها ساكنا فيها فلا يحنث وحقيقة وجه دفعه ان قوله السكنى تثبت بالكل ان اراد مجموع الكل هو العلة في سكناه منع القطع باسناد نفسه الى القرار في المكان سكناه والالزم انه لو سرق بعض تلك الامتعة انتفت السكنى فعلم ان السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فانما هي منوطة في العرف بقراره في المكان على وجه الانقطاع اليه مع ما يتاتى به رفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل وبدون الكل على ان الكلام هنا باعتبار العرف والعرف يعد من خرج لا يريد العود ونقل اهله وبعض ماله يريد ان ينقله بعد ذلك او تركه لتفاهته وعدم الالتفات اليه تاركا سكنى ذلك المكان وقال ابو يوسف يعتبر في البر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر بان يغفل عن شيء كابرة في شق حائط او يتعسر وقال محمد يعتبر في البر نقل ما يقوم به كدخدائيته اي سكناه فيما انتقل اليه لان ما وراء ذلك ليس من السكنى اذ ليس من حاجتها قال المصنف قالوا هذا احسن وارفق بالناس في نفي الحنث عنهم ومنهم من صرح بان الفتوى عليه وكثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على ان الفتوى على قول ابي يوسف ولا شك ان المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الاكثر مقامه بل على العرف في انه ساكن اولا والحق ان من خرج على نية ترك المكان وعدم العود اليه ونقل من امتعته فيه ما يقوم به امر سكناه وهو على نية نقل الباقي ان يقال ليس ساكنا في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني وهذا الخلاف في نقل الامتعة اما الاهل فلا بد في البر من نقلهم كلهم اتفاقا **قوله** وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر حتى يبر بالاتفاق فانه لو انتقل الى السكة او المسجد لم يبر بالاتفاق فانهم اختلفوا قيل يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف استدلالا بما في الزيادات كوفي نقل عياله الى مكة ليستوطن بمكة فلما توطن بمكة بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة يصلي بها ركعتين لانه وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق ان يرجع قبل ان يدخل الى مكة يصلي بالكوفة ما راعليها اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هنا يبقى وطنه الاول ما لم يتخذ وطنا آخر وقيل لا يحنث لانه لم يبق ساكنا وقال ابو الليث ان سلم داره باجارة او رد المستاجرة الى المواجر لا يحنث وان لم يتخذ دارا اخرى واطلاق عدم الحنث اوجه وكونه وطنه باقيا في حق اتمام الصلوة كالم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل اهله وامتعته وخرج مسافرا انه لا يقال فيه انه ساكن في تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا واذا لم يتحرر له قصد مكان معين قيل هو الآن غير ساكن في مكان حتى ينظر اين يسكن واذا ثبت نفي تلك السكنى ثبت البر والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب الخروج متقابل للدخول فناسب اعقابه به ويعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الاتيان فلما ارتبطت اوردها في باب الخروج **قوله** ومن حلف لا يخرج من المسجد او الدار او البيت او غير ذلك فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فانه يحنث لان فعل الدابة مضاف اليه كذا هذا ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل وهو الخروج لم ينتقل الى الحالف لعدم الامر وهو الموجب للنقل والمراد من الاخراج مكرها هنا ان يحمله ويخرجه كارها كذلك لا الاكراه المعروف وهو ان يتوعده حتى يفعل فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف ان الاكراه لا يعدم الفعل عندنا ونظيره ما لو حلف

قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج قال ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال قال وان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته لان البر قبل ذلك مرجو

لا يأكل هذا الطعام فاكره عليه حتى اكل حنث ولو اوجر في حلقه لا يحنث ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح وقيل يحنث لانه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر وجه الصحيح ان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولم يوجد الامر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل اليه ولو قيل قصر الانتقال على الامر محل النزاع لان من يقول يحنث يجعل الرضا ايضا ناقلا دفع بفرع اتفاقي وهو ما اذا امره ان يتلف ماله ففعل لا يضمن المتلف لانتساب الاتلاف اليه بالامر ولو اتلفه وهو ساكت ينظره فلم ينهه ضمن من غير تفصيل لا حد بين كونه راضيا او لا ثم اذا لم يحنث باخراجه محمولا للانسان او بحبوب ريح حملته هل تنحل اليمين قال السيد ابو شجاع تنحل وهو ارفق للناس وقال غيره من المشائخ لا تنحل وهو الصحيح ذكره التمرتاشي وقاضي خان وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها في الذمة وتظهر ثمرة هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه ارفق بالناس ومن قال لم تنحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح

قوله ومن حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج الى جنازة ثم ذهب الى حاجات له اخرى لم يحنث لان الخروج الموجود منه الى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمضي بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا الانفصال من الباطن الى الظاهر الآتي ليس كذلك **قوله** ولو حلف لا يخرج الى مكة او دار فلان فخرج مريدا مكة او دار فلان ثم بدا له فرجع قبل ان يصل حنث وهذا لان الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع او لم يرجع ومقتضى هذا ان يحنث اذا رجع وان لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا انما يحنث اذا جاوز عمرانه على قصدها كانه ضمن لفظ اخرج معنى اسافر للعلم بان المضي اليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي ان يحنث بمجرد انفصاله من الداخل **قوله** ولو حلف لا يأتيها فخرج بقصدها لم يحنث حتى يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الوصول اليه وتبليغه الرسالة وقيل الذهاب كالخروج وهو قول محمد ابن سلمة واختاره فخر الاسلام قال المص وهو الاصح قال تعالى ليذهب عنكم الرجس اي يزيله فبمجرد تحقق الزوال يتحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول في اذهبا الى فرعون لا يدل على انه لازم في استعمالاته غاية الامر ان يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين احدهما التحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى به الخروج والاتيان صحت نيته ثم في الخروج والذهاب اليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الاتيان اليه لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه حنث قصد او لم يقصد كذا في جامع قاضي خان والفوائد الظهيرية **قوله** فان حلف ليأتين البصرة هذا ونحوه من الافعال المستقبلة اذا حلف على ان يفعلها في المستقبل فاما ان يطلقها او يوقتها بوقت مثل لافعلن غدا او فيما بينه وبين يوم الجمعة ففي المطلقة مثل ليضربن زيدا او ليعطين فلانا او ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع الياس عن البر لان اليمين تبقى ما امكن البر وحيث لم يتقيد اليمين بوقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم انحلالها فتبقى الى ان يقع الياس عن البر فيحكم ح بالحنث ولا يقع الياس الا في آخر جزء

ولو حلف ليأتينه غدا إن استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأته حنث وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لأن حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف فعند الإطلاق ينصرف إليه فيصح نية الأول ديانة لأنه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء أيضا لما بينا وقيل لا يصح لأنه خلاف الظاهر قال ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ولا بد من الإذن في كل خروج لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

من أجزاء الحيوة فإن كان الحلف بطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت أحدهما ولا فرق في ذلك بين موته وموتها في الصحيح وتقدمت هذه المسئلة في الطلاق وفي المقيدة تتعلق بآخر الوقت فلو مات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث فإذا قال إن لم أفعل كذا فعبدي حر فمات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده قوله ولو حلف أي بالله أو بالطلاق أو عتاق ليأتينه غدا إن استطاع وصورته في التعليق أن يقول امرأتي طالق إن لم آتك غدا إن استطعت ولا نية له تنصرف الاستطاعة إلى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة أسبابه لأنه هو المتعارف فعند الإطلاق ينصرف إليه وهذا هو المراد بقوله استطاعة الصحة دون القدرة أي دون الاستطاعة التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لأن أفعال العباد مخلوقة لله ولو أراد هذه بقوله إن استطعت صحت إرادتها فإذا لم يأته لعذر منه أو لغير عذر لا يحنث كأنه قال لآتينك إن خلق الله تعالى إتياني أو إلا أن تخلق الله إتياني وهو إذا لم يأت لم يخلق إتيانه ولا استطاعة الإتيان المقارنة والآتي وإذا صحت إرادتها فهل يصدق ديانة وقضاء أو ديانة فقط قيل يصدق ديانة فقط لأنه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازي وقيل ديانة وقضاء لأنه نوى حقيقة كلامه إذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والأول أوجه لأنه فإن كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الإطلاق عن القرينة لأحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضي في خلاف الظاهر قوله ومن حلف أن لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ولا بد من الإذن في كل خروج ومثله إن خرجت إلا بقناع ونحوه لأن المستثنى في قوله إلا بإذني خروج مقرون بالإذن فما وراء الخروج الملصق بالإذن داخل في الحظر العام وهو النكرة المبادلة من الفعل في سياق النفي فإن المعنى لا تخرجي إلا بإذني وطريق إسقاط هذا الإذن أن يقول كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فإن قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند أبي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد أنه لو أذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الإذن العام ولأبي يوسف أنه إنما عمل نهيه بعد المرة لأنه مفيد لبقاء اليمين بعده بخلاف النهي بعد الإذن العام لأنه لا يفيد لارتفاع اليمين بالإذن العام ولو أذن لها إذنا غير مسموع لم يكن إذنا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو إذن لأنه لم يفصل بين المسموع وغيره ولهما أن الإذن إنما سمي إذنا لكونه معلما أو لوقوعه في الأذن ولم يوجد ثم انعقاد اليمين على الإذن في قوله إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق أو والله لا تخرجين إلا بإذني متقيد ببقاء النكاح لأن الإذن إنما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان إذا حلف إنسانا ليرفعن إليه خبر كل داعر في المدينة كان على مدة ولايته فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا إذن لا تطلق وإن كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا لأنها لم تنعقد إلا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الإذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لا يصدقه القاضي أما أنه خلاف الظاهر فظاهر مما قررناه وأما أنه محتمل كلامه فلأن الإذن مرة موجب للغاية في قوله لا تخرجي حتى آذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث أن حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلهما فيستعار إلا بإذني لمعنى حتى آذن لي وحتى آذن يتحلل بمرة واحدة وقد بحث بعضهم في حتى أنها أيضا توجب التكرار واستدل بقوله تعالى حتى تستأنسوا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ونحن نقول إن قام الإجماع على أن التكرار مراد فلا نزاع وإنما الكلام في أنه هو موجب للفظ

ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها مرة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما اذا قال حتى اذن لك

فقلنا فانه اذا قال حتى اذن لك يكون قد جعل النهي عن الخروج مطلقا مغيا بوجود ما هو اذن وبمرة واحدة من الاذن يتحقق ما هو اذن فيتحقق غاية النهي فيزول المنع المضاف الى اللفظ فان كان منع آخر فبغيره من دليل آخر لو علم انه اريد به خلاف مقتضاه وظاهر مذهب الشافعي في قوله الا باذني انه انتهى اليمين بخرجة واحدة باذن الزوج او بغير اذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا اذن وفي وجه كقولنا وهو اختيار المزني والقفال **قوله** ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث ونقل عن احمد لزوم تكرار الاذن فيه ايضا مثل الا باذني وهو قول الفراء وهذا لان المعنى الا خروجا باذني لان ان والفعل في تاويل المصدر والاستثناء مفرغ فيلزم تقدير الا خروجا باذني فلزم ارادة الباء فصار الا باذني والجواب انه لابد من احد الامرين اما ما ذكر من ارادة الباء المحذوفة او ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجازا اي حتى اذن لك وعلى الاول يكون كالاول وعلى الثاني ينعقد على اذن واحد واذا لزم في الا ان اذن لك احد المجازين وجب الراجح منهما ومجاز غير الحذف اولى من مجاز الحذف عندهم لانه تصرف في وصف اللفظ ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالاعدام مع الارادة ثم هو موافق للاستعمال القرآني قال تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم فان قيل قد تحقق معنى ما باضمار الباء ايضا في قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم الآية والثابت فيه وجوب تكرار الاذن اجيب بالمنع بل وجوب التكرار بغيره من الادلة الموجبة منع دخول الانسان بيت غيره فضلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل وما تشاؤن الا ان يشاء الله ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وغير ذلك فان كلا منها يستقل فيه دليل على المنع والفعل مع كل متكرر فانما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه وقد اجيب ايضا عن الآية الاولى بلزوم تكرار الاذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي فالزم بعض المحشين ان يكون كذلك فيما نحن فيه لان خروج المرأة بغير اذن الزوج مما يؤذي الزوج ايضا وهذا ذهول عظيم لان الثابت بالعلة المنصوصة في قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي المنع الذي هو حكم شرعي وهو يثبت بالعلل الشرعية اما بنا فيما النظر فيما ينعقد عليه يمين الحالف ويلزم بتغيره الكفارة وذلك لا يكون الا باللفظ القاضي على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرح بها بان قال والله لا اشرب ماء العنب المشتد لاسكاره فانه لو شرب نبيذا لا يقول احد انه حنث ولزمته كفارة مع انه لم يحلف عليه بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا فكيف اذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط ان الزوج يكره خروج زوجته بلا اذن نعم قد يقال لا نجد دليلا يدل على منع كل دخول الا باذن وكل مشيئة للعباد الا بمشيئة الله تعالى وكل قول اني فاعل غدا كذا الا يقرانه بالمشيئة سوى الادلة المذكورة خصوصا في الاخير ولو فرض الاجماع على ذلك فمستند الاجماع ليس الا هذه الادلة واقل ما في الباب ان يكون وجود هذا المجاز اكثر والكثرة من اسباب الترجيح كون غير مجاز الحذف اولى يجب ان يكون في غير ما يكون الحذف فيه مطردا والمستمر مفهوما من اللفظ بلا زيادة تامل وانت علمت ان حذف حرف الجر مع ان وان مطرد ولفظ ان آخران هما الا ان اذن لك ويجب ان يسلك به مسلك حتى وبغير اذني ويجب فيه تكرار الاذن مثل الا باذني لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء وهذا كله بخلاف ما لو قال لا اكلم فلانا الا باذن فلان او حتى ياذن او الا ان ياذن او الا ان يقدم فلان او حتى يقدم او قال الرجل في داره والله لا تخرج الا باذني فانه لا يتكرر اليمين في هذا كله لان قدوم فلان لا يتكرر عادة والاذن

ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور تفرد ابو حنيفة رحمه الله باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج فرجع الى منزله وتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لم يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رحمه الله في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رحمه الله يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الاذن وكذا خروج الرجل مما لا يتكرر عادة بخلاف الاذن للزوجة فانه لا يتناول الا ذلك الخروج الماذون فيه عادة لا كل خروج الا بنص صريح فيه مثل اذنت لك ان تخرجي كلما اردت الخروج ونحوه فكان الاقتصار في هذا الوجود المصارف عن التكرار لا لان العرف في الكل على التفصيل المذكور بل مؤدى اللفظ ما ذكرنا وثبوت خلافه بالصارف العرفي ثم ذلك المؤدى اللفظي في مثل ان خرجت الا باذني والا ان اذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك **قوله** ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور انفرد به ابو حنيفة رح باظهاره وكانت اليمين في عرفهم قسمين مؤبدة وهي ان يحلف مطلقا وموقتة وهي ان يحلف ان لا يفعل كذا اليوم او هذا الشهر فاخرج ابو حنيفة رح يمين الفور وهي يمين مؤبدة لفظا موقتة معنى تتقيد بالحال وهو ما يكون جوابا الكلام يتعلق بالحال مثل ان يقال تعال تغد عندي فيقول ان تغديت فعبدي حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لانه حين وقع جوابا تضمن اعادة ما في السؤال والمسؤل الغداء الحالي فينصرف الحلف الى الغداء الحالي لتقع المطابقة فلزم الحالي بدلالة الحال بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى من منزله من يومه لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدأ لا مجيبا فيعمل بظاهر لفظه ويلغي ظاهر الحال فان الغاؤه اولى من الغاء لفظ صريح في معناه او ما يكون بناء على امر حالي كامرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده ان يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكانه قال ان خرجت الساعة ومنه من اراد ان يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه فاذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحنث لذلك بعينه وقال زفر رحمه الله يحنث وهو قول الشافعي لانه عقد يمينه على كل غداء وخروج وضرب فاعتبر الاطلاق اللفظي وهو القياس وجه الاستحسان ما ذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية **قوله** ومن حلف لا يركب دابة فلان اعلم انه اذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغله وفرسه فلو ركب جمله او فيله لم يحنث وان كان اسم الدابة لما يدب على الارض لكن خصصه العرف بالركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الانواع الثلثة فيتقيد به وان كان الجمل ممن يركب ايضا في الاسفار وبعض الاوقات فلا يحنث بالجمل الا اذا نواه وكذا الفيل والبقر اذا نواه حنث والا لا وينبغي ان كان الحالف من البدو ان ينعقد على الجمل ايضا بلا نية لان ركوبها معتاد لهم وكذا اذا كان حضريا جمالا والمحلوف على دابته جمال دخل في يمينه بلا نية واذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الانواع الثلاثة فلو نوى بعضها دون بعض بان نوى الحمار دون الفرس مثلا لا يصدق ديانة ولا قضاء لان نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ وسياتي تمامه في الفصل الذي بعده ولو حمل على دابة ملرها لا يحنث على وزان ما تقدم في اول الفصل ولو حلف لا يركب مركبا ولا نية له حنث بكل مركب سفينة او محمل او دابة ولو ركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة الا ان ينوي دابة عبده فيحنث به الا اذا كان على العبد دين مستغرق فانه لا يحنث بركوبها وان نوى دابة العبد ايضا لانه لا ملك للمولى فيه عند ابي حنيفة رح واما انه لا يحنث بركوب دابة العبد وان لم يكن عليه دين او كان لكنه غير مستغرق الا ان ينويه فلان الملك فيه وان كان للمولى لكنه عرفت اضافته الى العبد

باب اليمين في الاكل والشرب

عرفا وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترط المبتاع اخرجه الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما فاختلت اضافة المال الى المولى وان كان ملكه فقصر الاطلاق عن تناوله الا بالنية وقال ابو يوسف في الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين او عليه دين مستغرق او غير مستغرق يحنث اذا نواه فتحقق خلافه لابي حنيفة رحمه الله فيما اذا كان عليه دين مستغرق ونواه فان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يحنث لعدم ملك السيد لما في يده وعند ابي يوسف هو مملوك للسيد وان استغرق فيحنث بنيته وقال محمد رحمه الله يحنث في الوجوه الخمسة وهي ما اذا لم يكن عليه دين او عليه دين مستغرق او غير مستغرق نوى دابة العبد او لم ينو لاعتباره حقيقة الملك في الدابة المحلوف عليها اي انعقدت يمينه على كل دابة يملكها المحلوف عليه دابته وما في يد المأذون ملك السيد وان كان مديونا مستغرقا فيتحقق الحنث بركوبها وقول محمد هو قول مالك والشافعي واحمد والظاهر ان ابا حنيفة اعتبر العرف هنا فانه يقال هذه دابة عبد فلان لا فلان وان كانت دابة سيده فينصرف اليمين الى ما يضاف في العرف اليه لا الى ما يضاف الملك اليه مع اضافة العرف اياه الى غيره وقيل يجب اذا اضاره هذه الدابة تضاف الى كل منهما الانعقاد عليها الا ان نظر الى اضافتها اليه انعقدت عليها وان نظر الى اضافتها الى غيره لم تنعقد عليه فلا تنعقد عليها الا ان ينويها غير انه يقول اذا كان فيه مستغرقا انقطعت الاضافة الى السيد بالكلية لانعدام الملك له ولا بالعرف ما كان يضيفه الى السيد اضافته الى العبد الا باعتبار ملكه فاذا انتفى انتفى الملك

باب اليمين في الاكل والشرب عقبه الخروج لان الخروج من المنزل يراد للتحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب اليه الاشارة بقوله تعالى فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه على ما قال والاكل ايصال ما يتأتى فيه المضغ الى الجوف وان ابتلعه بلا مضغ والشرب ايصال ما لا يتأتى فيه المضغ كالماء واللبن والنبيذ هكذا في التجريد وذكر الزندويسي ان الاكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمضغ عبارة عن عمل اللهاة وعلى هذا لو كان في فمه شيء فحلف لا ياكل فابتلعه ينبغي ان لا يحنث وفي فتاوى ابي الليث ما يدل على انه يحنث وهو الصواب اذ لا شك في انه اكل اذ كان مما يمضغ على تفسير ايصال ما يحنث يمضغ الى الجوف ولا شك ان قوله عمل الشفاه انما يراد حركتها فهو في الكل فيلزم ان يحنث ببلع ما كان في فمه لانه لا بد من حركة فيه وهذا انه لا يمكن ان يراد من عمل الشفاه شيء والحق ان الذوق عمل الفم بمجرد معرفة الطعم وصل الى الجوف او لا وقيل فكل اكل ذوق وليس كل ذوق اكلا فيكون بينهما عموم مطلق ولا يخفى ان الاكل اذا كان الايصال ما يحنث بشيء لم يكن عمل الفم معتبرا في مفهومه وان كان قد يتحقق معه لزم ان بينهما عموما من وجه فيجتمعان في الايصال بالمضغ فان المضغ عمل الفم اعني الحنكين وينفرد الذوق فيما لم يصل والاكل فيما ابتلع بلا مضغ مما يحنث يمضغ ولا يعرف طعمه الا بالمضغ كقلب الجوز واللوز لكن في المحيط حلف لا يذوق فاكل او شرب يحنث ولو حلف لا ياكل او لا يشرب لا يحنث بالذوق وما روي عن هشام حلف لا يذوق فيمينه على الذوق حقيقة وهو ان لا يصل الى جوفه الا ان يتقدمه كلام يدل على نحو ان يقول تعال تغد معي فحلف لا يذوق معه طعاما وشرابا فهذا على الاكل والشرب يدل على ان عدم الوصول الى الجوف ماخوذ في مفهوم الذوق فعلى هذا ينبغي ان لا يحنث بالاكل في الحلف على الذوق والذي يغلب ظنه ان مسئلة المحيط يراد بها الاكل المقترن بالمضغ او البلع لما لا يتوقف معرفة طعمه على المضغ لانا نقطع بان ابتلاع قلب لوزة لا يقال فيه ذاق اللوز

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه وهو الثمر لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب ومن هذا اللبن فصار تمرا وصار اللبن شيرازا لم يحنث لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يتكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلا يعتبر الداعي داعيا في الشرع

ولا يحنث ببلعها واذا حلف لا يأكل شيئا مما لا يتأتى فيه المضغ فحلفه بغيره مما يؤكل فاكله معه حنث ولو عنى بالذوق الاكل لم يصدق في القضاء ولو حلف لا يأكل عنبا او رمانا فجعل يمصه ويرمي ثفله ويبتلع المتحصل بالمص لا يحنث فان هذا ليس اكلا ولا شربا بل مص ولو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنث ولو ثرد فيه فاوصله الى جوفه حنث ولو حلف لا يشرب لبنا فثرد فيه فاكله لا يحنث ولو شربه حنث قيل هذا اذا حلف بالعربية فاما اذا حلف بالفارسية فانه يحنث مطلقا وهو الصحيح لان كلا من الاكل والشرب يسمى خوردن فاذا قال نمي خورم بلا نية صدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى ولو حلف لا يأكل هذا الرغيف فجففه فدقه ثم مرسه بالماء فشربه لا يحنث ولو اكله مبلولا حنث والسويق اذا شربه بالماء يكون شاربا لا آكلا فان بله بالماء فاكله حنث قوله ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها بالمثلثة اي ما يخرج منها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل ومثله لا يحلف على عدم اكله لانه ممتنع الاكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها الى ما يخرج منها تجوزا باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج لانها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ واحترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صقر الرطب فانه يحنث به كما يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لان ما توقف على الصنعة ليس ما خرج مطلقا ولذا عطف عليه في قوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته ايديهم وقيل لان ما تحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة ومن لابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء الحق عليه يمينه ولا يخفى ان من المذكورة في كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية نعم من المذكورة في التأويل اعني قوله لا اكل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكانه اعتبره كالمذكور ومثله حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فانه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع عند انتهاء نضج العنب ولانه كان متمكنا من القشر بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لان حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب ثم انصراف اليمين الى ما يخرج في الحلف لا يأكل من الشجرة فيما اذا كان لها ثمرة فان لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث به اي اذا اشترى به مأكولا فرع حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة اخرى فاكل من ثمر تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث قوله وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب فصار تمرا او من هذا اللبن فصار شيرازا اي رائبا وهو الخاثر اذا استخرج ماؤه فاكله لا يحنث لان الاصل ان المحلوف عليه اذا كان بصفة داعية الى اليمين تقيد به في المعرف والمنكر فاذا زالت زال اليمين عنه وما لا يصلح داعية اعتبر في المنكر دون المعرف وصفة البسورة والرطوبة مما قد يدعو الى اليمين بحسب الامزجة وكذا صفة اللبنية فاذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فاكله اكل ما لم تنعقد عليه وخص اللبن وجه ذكره بقوله ولان اللبن مأكول فلا ينعقد الا على عينه لا على ما يصير اليه لان الحقيقة غير مهجورة ولا يحنث بشيرازه ولا جبنه ولا زبده بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام معه منهي فلم يعتبر ما يجعل داعيا الى اليمين من جهله وسوء ادبه اذا كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا مع علمه بان الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع ونظر فيه بان الهجران قد يجوز او يجب اذا كان لبدعة بان كان يتكلم بما هو معصية او يخشى فتنة او فساد عرضه بكلامه فلا نسلم ان الشارع منع الهجران مطلقا فيحنث حلف لا يكلمه لا يحكم

ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش **قال** ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا او بسرا او حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فأكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كانت اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا

الا انه وجد المسوغ واذا وجد اعتبر الداعي فتقيد بصباه وشبيبته ونذكر ما فيه في المسئلة التي تليها **قوله** ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فأكل منه بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست داعية الى اليمين فلا يتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث به كبشا لوجود ذاته فيه فانا قلنا ليست داعية لان الصغر داع الى الاكل لا الى عدمه فالممتنع عنه مع صلوحه اشد امتناعا عنه كبشا وفي هذا النظر لان الحمل ليس محمودا في الضان لكثرة رطوباته زيادة حتى قيل فيه النجس من بين الجيدين بخلافه كبشا فان لحمه اكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته فصار كالحالف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمرا لا يحنث واعلم ان ايراد مثل هذا وما قبله في مسئلة لا اكلم هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسئلة ونسيان انها بنيت على العرف فيصرف اللفظ الى المعتاد في العمل والعرف في القول وان المتكلم لو اراد معنى يصح ارادته من اللفظ لا يمنع منه ففي مسئلة الحمل العوام والفضلون وهو عندهم غذاء في غاية الصلاح وما يدريك بخسة الا افراد عرفوا شيئا من الطب فوجب بحكم العرف اذا لم يكن له نية ان يصرف اليمين الى ذات الحمل لانه لما كان صالحا في الغاية عند العموم لا يحكم على المفرد من العموم انه على خلافهم فينصرف حلفه اليهم فيلزم ان لا تعتبر الحلية قيدا وكذا الصبي لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية الى اليمين في حق العموم فيصرف الى ذاته وهذا لا ينفي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء ادب صبي علم انه لا يراد عنه الا ترك الكلام معه او علم ان الكلام معه يضره في عرضه او دينه فعقد يمينه في الاول على مدة كونه حملا وفي الثاني لا مدة صباه فانا نقول لو اراد حالف تقييده بالحملية والصبا لم نمنعه وصرفنا يمينه حيث صرفها وانما الكلام اذا لم ينو شيئا فانما يسلك به ما عليه العموم احفظ هذا فيه او اصابه فانك ان لم تكن هذا منك ببال فانك تدفع به كثيرا من امثال هذا الغلط المورد على الائمة **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر واليمين انعقد على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا انها داعية لليمين **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا او رطبا او حلف لا يأكل بسرا ولا رطبا فأكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من ذنبه يحنث عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث هكذا ذكر المصنف الخلاف واكثر كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافي الحاكم وشرح الطحاوي للاسبيجابي وشروح الجامعين والايضاح والاسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن خطائه فذكر فيها قول محمد مع ابي حنيفة وصورة المسئلة اربع اتفاقيتان وهما ما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا او لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا يحنث اتفاقا وخلافيتان وهي ما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا وما اذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فانه يحنث في الاثنين عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمه وجه قول ابي يوسف ان البسر المذنب لا يسمى رطبا لان الرطب فيه مغلوب وان الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا حنث ولذا لا يحنث بشرائهما في حلفه لا يشتري بسرا او رطبا ووجه قولهما ان اكل ذلك الموضع هو اكل رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لان اكل كل جزء مقصود لانه يمضغ ويبتلع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير بخلاف الشراء فانه يتعلق بجملة المشترى عينها فيكون القليل منه تبعا للكثير الوحلف عن لا يشتري رطبا واشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعا

قال ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن ووجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام

وكذا لو حلف لا ياكل شعيرا فاكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث وان حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد في كافيه وقد يقال ان دلالة التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فاكله وحده اما لو اكل ذلك المحل مخلوطا ببعض البسر تحققت التبعية في الاكل وثانيا هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف والا فالرطب الذي فيه بقعة لبسر لا يقال لآكله اكل بسرا في العرف فكان قول ابي يوسف اقعد بالمبنى والله اعلم **قوله** ومن حلف لا ياكل لحما الخ تنعقد هذه على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا وفي حنثه بالنيء خلاف الاظهر لا يحنث وعند الفقيه ابي الليث يحنث فلو اكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث وهو رواية شاذة عن ابي يوسف لانه سمى لحما في القرآن قال تعالى لتاكلوا منه لحما طريا اي من البحر وهو السمك وبه استدل سفيان لمن استفتاه فيمن حلف لا ياكل لحما فاكل سمكا فرجع الى ابي حنيفة فاخبره فقال ارجع فاسئله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على الارض ما له فقال لا يحنث فقال اليس انه قال تعالى والله جعل لكم الارض بساطا فقال له سفيان كانك السائل الذي سالتني امس فقال نعم فقال له سفيان لا يحنث في هذا ولا في الاول فرجع عن ذلك القول وظهر ان تمسك ابي حنيفة انما هو بالعرف لا بما ذكر وذلك في وجه الاستحسان ان التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقة لان اللحم منشاه من الدم ولا دم في السمك لسكونه الماء ولذا حل بلا ذكاة فانه ينتقض بالالية تنعقد من الدم ولا يحنث باكلها لمكان العرف وهو انه لا يسمى لحما ولا تذهب اوهام اهل العرف اليه عند اطلاق اسم اللحم وكذا لو قال اشتر لحما فاشترى سمكا عد مخالفا وايضا نمنع ان اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والايمان لا تبنى على الاستعمال القرآني الا ترى انه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا او لا يجلس على وتد فجلس على جبل لا يحنث مع تسميتها في القرآن دابة واوتادا وهذا كله اذا لم ينو اما اذا نواه فاكل سمكا طريا او مالحا حنث

قوله حلف لا ياكل لحما فاكل من مرقه لا يحنث الا اذا كان نواه **قوله** وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة الا انه حرام واليمين تنعقد على الحرام واليمين تنعقد على الحرام منعا وحملا وان وجب في الحمل ان يحنث بخلاف النذر للنص لا نذر في معصية الله تعالى ولما كان يرد عليه ان الايمان تبنى على العرف ولا تذهب الاوهام في اكل اللحم الى اكل لحم الآدمي والخنزير وان سمى العرف لحم الآدمي لحما وكذا لحم الخنزير لان الواجب العرف في قولنا اكل فلان لحما كما فعلنا في لا يركب دابة فلان اعتبر العرف في ركب فان المتبادر منه ركوب هذه الانواع فيتقيد الركوب المحلوف عليه به ثم نقل العتابي خلافه فقال قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغي ان لا يحنث لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف قال وهو الصحيح وفي الكافي عليه الفتوى وما قيل العرف العملي لا يقيد اللفظ غير صحيح وقد قدمناه في نكاح الفضولي ردا على المصنف هناك واورد ان الكفارة فيها معنى العبادة فكيف يجب بفعل هو حرام محض واجيب بان الفعل والحرمة انما هما اعتباران في السبب والسبب في وجوب الكفارة اليمين وان كان متعلقا باليمين والحنث وانما علق بهما حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وان كان السبب هو اليمين وحده ليكون سبب الكفارة موصوفا بالاباحة والحرمة والاباحة لليمين والحظر للحنث وهذه انصراف عن المذهب المجمع على نقله من ان السبب هو الحنث وكونه اليمين مذهب الشافعي والقائل المشار اليه وكان يغني عن التهالك في اثباته فيما تقدم تسليم ان اليمين سبب ولكنا شرطنا لوجوب الكفارة الحنث لما ذكره ولا خلاف بيننا وبينهم ويوجب بطلان ما اتفقوا عليه في الجواب من ان الاضافة في كفارة اليمين

وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم

الى الشروط الا الى السبب وكل هذا السبب التزام ان الكفارة في اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث ونحن جعلناها جبر الحرمة اسم الله الثابتة بالحنث معصية كان الحنث او طاعة واجبة او مندوبة وهذا لان الحنث اذا كان واجبا استحال ان يكون حراما وما يظن من انه يصح واجبا حراما من جهتين توهم والا فمعنى الواجب والحرام ما تعلق به خطاب الشرع نهيا عنه وطلبا له فكيف يكون بعينه مطلوب العدم مطلوب الايجاد في وقت واحد فليس ذلك ومحاسن الاوهام ومثله في كفارة الاحرام تثبت ولا جناية اذا كان مريضا او به اذى من راسه **قوله** وكذا اذا اكل كبدا او كرشا او رية او قلبا او طحالا يعني حنث لان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال في الخلاصة هذا في عرف اهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث ذكره في المحيط ايضا ولو اكل الراس والاكارع يحنث وبه قال الشافعي في الاصح ولا يحنث باكل الشحم والالية الا ان نواه في اللحم بخلاف شحم الظهر حنث به بلا نية لانه تابع اللحم في الوجود ويقال في العرف لحم سمين **قوله** ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار فلزم كونه من نفس مسماه ولذا استثنى في قوله تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما فيحنث به ولابي حنيفة انه لحم حقيقة لانه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم في اتخاذ الوان الطعام والقلايا فيجعل قطعا ويلقى فيها ليعمل عمل اللحم ولا يفعل ذلك بالشحم ويحصل به قوته ولذا يحنث باكله في اليمين على ان لا ياكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على ان لا يبيع شحما والقاطع ينفي قولهما ان العرف لا يفهم من اسم الشحم الا ما في البطن وهو الذي يسمى بائعه شحاما في العرف وبائع ذلك يسمى لحاما والايمان لا تبتنى على الاسماء الشرعية فلا يضر تسميتها شحما في آية الاستثناء وقول بعض الشارحين شحم الظهر اما الالية او لحم او شحم لا قائل انه الية وليس بلحم لانه يذوب دون اللحم وايضا يقال له شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين انه شحم فيحنث باكله بعد ما ذكرنا لا يفيد عليه شيئا لانا نمنع كونه ليس بلحم والاستدلال عليه بانه يذوب معارض بانه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا وبه يلزم كون الذوب ليس لازما مختصا واللوازم جاز كونها مساوية لملزومها وكونها اعم منه فتشترك الانواع المتباينة في لازم واحد فجاز كون الذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم ولا ضرر في ذلك وكذا نمنع انه لا يقال له لحم الظهر بل نقطع انه يقال له لحم سمين ولو قيل هذا لحم الظهر او من الظهر لم يعد مخطئا ولذا صحح غير واحد قول ابي حنيفة وذكر الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الاصح وما في الكافي من قوله فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن ففي شحم البطن يحنث بالاتفاق والثلاثة على الاختلاف لا يخلو من نظر بل لا ينبغي خلاف في عدم الحنث بما في العظم قال الامام السرخسي ان احدا لم يقل بان مخ العظم شحم انتهى وكذا لا ينبغي خلاف في الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف في تسميته شحما **قوله** وقيل هذا اي الخلاف فيما اذا قال بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنث اذا عقد بالفارسية بان قال نميخورم پيه ثم اكل شحم الظهر **قوله** ولو حلف لا ياكل او لا يشتري لحما او قال شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم والحق انه لا يحنث به في حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية والا في يمين الشحم خلافا لاحمد رحمه الله للعرف والعادة واما انه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر الا ان يراد جميع استعمالاته **فروع** حلف لا ياكل لحم شاة فاكل لحم عنزة يحنث وقال ابو الليث رضي الله عنه لا يحنث مصريا كان الحالف او قرويا وعليه الفتوى لتغير العرف فيه ولو حلف لا ياكل لحم بقر فاكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لانه نوع لا يتناوله الاعم وفي فتاوى قاضي خان ينبغي ان

ويستعمل استعمال ما يحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسمه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا يشتري او لا ياكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم

لا يحنث في الفصلين لان الناس يفرقون بينهما ولو حلف لا ياكل طعاما سماه فمضغه حتى دخل جوفه من مائه ثم القاه لا يحنث وكذا هذا في العنب فان رمى القشر والحب وابتلع الماء لا يحنث وان رمى قشره فقط وابتلع الماء والحب حنث لانه اكل الاكثر لو حلف لا ياكل شيئا من الحلو فاي شيء اكله من الحلو من الخبيص والعسل والسكر والناطف حنث ذكره في الاصل قال الامام النسفي في شرح الشافي هذا في عرفهم اما في عرفنا لا يحنث بالعسل والسكر والخبيص لو حلف لا ياكل ملحا فاكل طعاما مالحا يحنث كمن حلف لا ياكل الفلفل فاكل طعاما فيه فلفل ان وجد طعم الفلفل يحنث والفقيه يفرق بين الملح والفلفل في الفلفل يحنث لان عينه غير ماكول فتنصرف اليمين الى ما يتخذ فيه بخلاف الملح فلا يحنث ما لم ياكل عينه مفردا او مع غيره الا اذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه الى الطعام المالح فبقول الفقيه يفتى وفي الخلاصة فيمن حلف لا ياكل من ملح ختنه فاخذ ماء وملحا وجعلهما في العجين لا يحنث لانه بلا شيء لو حلف لا ياكل لبنا فطبخ بارز فاكله ذكر النسفي لا يحنث وان رؤيت عينه ولم يجعل فيه ماء وفي مجموع النوازل اذا كان ترى عينه ويوجد طعمه يحنث ولو حلف لا ياكل زعفرانا فاكل كعكا على وجهه زعفران يحنث ولو حلف لا ياكل هذا السمن فجعله خبيصا فاكله لا يحنث الا اذا وجد طعمه ولم تر عينه فلا يحنث وكذا هذا التمر فجعله عصيدة فاكلها لا يحنث وفي اكل السكر لا يحنث لمص مائه ولا ياكل لحما يشتريه فلان فاكل من لحم سخلة اشتراها فلان لا يحنث وعلى ان ليس في بيته مرقة وفي بيته قميلة لا يعلم بها او كثيرة فاسدة لا يحنث ولا ياكل من هذا القدر وقد غرف منه شيء قبل اليمين لا يحنث باكله كما لو سخنت المحلوف على طعامها مطبخة غيرها وفي التجريد قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بايقاد النار وقيل لو اوقد غيرها فوضعت هي القدر لا يحنث انتهى وفي عرفنا ليس واضع القدر طابخا قطعا ومجرد الايقاد كذلك ومثله يسمى صبي الطباخ ومعينه والطباخ والمركب بوضع التوابل وان لم يوقد في المنتقى عن محمد حلف على ما لا يوكل ان لا ياكله فاشترى به ما يوكل فاكله حنث ولو حلف على ما يوكل فاشترى به ما يوكل فاكله لا يحنث وعقد اليمين في الاول على بدله حلف لا ياكل مما يملكه فلان فاكل منه بعد خروجه عن ملكه لا يحنث وكذا مما اشتراه اذا باعه فاكله وكذا من ميراثه اذا اخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله بخلاف ما زرع فلان يحنث به عند المزارع ومن اشترى منه لان الزرع لا ينسخه الشراء اما لو اشترى شخص ذلك الزرع فبذره واكل منه لا يحنث ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فاكل يحنث وكذا من كسب فلان فاكتسب ثم مات فورث عنه فاكله حنث ولو انتقل بشراء او هبة او وصية ونحوها لم يحنث ولا يشتري ثوبا مسه فلان فمسه فباعه منه حنث حلف لا ياكل حراما فاشترى بدرهم غصب طعاما فاكله لا يحنث لما عرف ان الثمن انما يثبت في الذمة فيصير عليه ثم الدرهم اما لو اكل خبزا غصبه حنث ولو اشترى بذلك الخبز لحما لا يحنث يعني اذا اكل اللحم ولو اكل لحم كلب او قرد لا يحنث عند اسد بن عمرو وقال نصير يحنث وقال الحسن كله حرام وقال الفقيه ابو الليث ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراما مطلقا وهو حسن ولو اضطر لاكل الحرام او الميتة اختلفوا والمختار يحنث وعن محمد روايتان ولو كان المغصوب برا فطحنه ان اعطى مثله قبل ان ياكله لم يحنث وان اكله قبل ذلك حنث لان الحرمة ثابتة ما لم يود الضمان وفي الاجناس المعتوه او المكره اذا فعلا شيئا حراما فهو ليس بحلال

ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو أكل من خبزها لم يحنث عند ابي حنيفة رح وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة رح ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الجامع حنث ايضا

قال ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر أكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطائف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمل كلامه وكذا اذا اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث

لهما ولو اكل من الكرم الذي رفعه معاملة لا يحنث اما عندهما فلا يشكل وعنده كذلك لانه عقد فاسد فانما اكل ملك نفسه قوله ومن حلف لا يأكل هذه الحنطة يعني ولا نية له لم يحنث حتى يقضمها غير نية ولو قضمها نية لم يحنث وكذا لو اكل من خبزها او دقيقها او سويقها وهو قول الشافعي وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لان الاكل من خبزها مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة ان له حقيقة مستعملة يعني يستعمل لفظ اكل الحنطة حقيقة اي في معناه الحقيقي وهو ان يأكل عين الحنطة فانه معنى ثابت فان الناس يقلون الحنطة ويأكلونها وهي التي تسمى في عرف بلادنا بليلة وتقلى اي توضع جافة في القدر ثم تؤكل قضما وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهو الاكل باطراف الاسنان بل ان يأكل عينها باطراف الاسنان او بسطوحها فاذا ثبت للفظ حقيقة تستعمل فهو اولى عند ابي حنيفة من المجاز المتعارف وهو ان يراد باكل الحنطة اكل خبزها وصار كما اذا حلف لا يأكل من هذه البقرة او الشاة فأكل لبنها او سمنها او زبدها او من هذه البيضة فأكل من فرخها لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها اذا كان مأكولا وهما يعكسان هذا الاصل ويريان المجاز المتعارف اولى ورجح قولهما بان المتكلم انما يريد العرف فاذا لم يكن له نية انصرف اليه بخلاف مسئلة البقرة والبيضة فانه ليس للفظ مجاز اشتهر فترجح على الحقيقة والذي يغلب ان المتعارف والاكثرية وجود المعنى وهو نفس فعل اكل خبز الحنطة لا استعمال لفظ اكلت اليوم الحنطة او لا اكل حنطة فيه بل لفظة اكلت حنطة يحتمل ان يراد به اكلت عينها كما يراد به الخبز من دقيقها فيرجح قول ابي حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز لا يقال اكثرية المعنى توجب اكثرية اللفظ الذي يدل به عليه لانا نقول لا يلزم ذلك الا اذا لم يكن الا لفظ واحد يدل به وليس هنا كذلك لانه يقال اكلت خبز الحنطة ويقال اكلت الحنطة بل الآن لا يتعارف في اكل الخبز منها الا لفظ آخر وهو اكلت الخبز اللهم الا ان ينوي اكل الخبز فيحنث به لا بالقضم او القضم فلا يحنث باكل الخبز اتفاقا ولو قضمها حنث عندهما كما يحنث بخبزها وقضم يقضم بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الاصل انه لا يحنث عندهما اذا قضمها وصححها في الذخيرة ورجح شمس الائمة وقاضي خان رواية الجامع انه يحنث قال المص واليه الاشارة بقوله في الجامع يحنث ايضا فانه يفيد انه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل يكون من عموم المجاز كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول راكبا لجعله مجازا في الدخول ولو اكل من سويقها حنث عند محمد خلافا لابي يوسف فيحتاج ابو يوسف الى الفرق بين الخبز والسويق والفرق ان الحنطة اذا ذكرت مقرونة بالاكل يراد بها الخبز دون السويق ومحمد اعتبر عموم المجاز وهذا الخلاف اذا حلف على حنطة معينة اما لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي ان يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الاسلام ولا يخفى انه تحكم والدليل المذكور المتفق على ايراده في جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو ان عينها مأكول قوله ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه فيحنث بعصيدته وفي النوازل لو اتخذ منه خبيصا اخاف ان يحنث فلو استف منه لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مرادا في العرف فلا يحنث بغيره الا ان ينويه واذا نواه لا يحنث باكل الخبز قوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال يحنث لانه حقيقة كلامه قلنا نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين ارادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنى بها لا يحنث لانصراف يمينه الى العقد فلم يتناول الوطء الا ان ينويه قوله ولو حلف لا يأكل الخبز فيمينه على ما يعتاده اهل مصره

ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في مصره وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل راسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر

خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه المعتاد في غالب البلدان ولو كان اهل بلدة لا يعتادون اكل الشعير لا يحنث به ولو اعتاد وخبز الذرة كاهل زبيد اليمن حنث باكله ولا يحنث باكل القطائف وينبغي ان يحنث باكل الكلوج لانه خبز وزيادة فان خصت اسم الخبز لا للمنقص ولا يحنث بالثريد لانه لا يسمى خبزا مطلقا وفي الفاخة حلف لا يأكل من هذا الخبز فاكله بعد ما تفتت لا يحنث لانه لا يسمى خبزا ولا يحنث بالعصيدة والطلطلة ولا يحنث لو دقه فشربه وعن ابي حنيفة رح في حيلة اكله ان يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا ولا يحنث في خبز الارز الا ان يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كاهل طبرستان والنسبة اليها طبري وهو اسم آمل واعمالها قال السمعاني سمعت القاضي ابا بكر الانصاري ببغداد يقول انما هي تبرستان لان اهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل طبرستان وقال الشيخ طبرستان معناه بالفارسية اخذ الفاس بيده واليمنى والمراد بالفاس الطبر وهو معرب التبر وهذا لا ينافي ما قاله السمعاني في التعليل تامل قال العبد الضعيف اعزه الله وابقاه للمسلمين وقد سئلت لو ان بدويا اعتاد اكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها اكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل الا الشعير فحلف لا يأكل خبزا فقلت ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لانه لم ينعقد على عرف الناس الا اذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فينصرف كلامه اليه وذلك هو منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مخالف لهم قوله ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر المشويين لانه يراد به في العرف ذلك عند الاطلاق الا ان ينوي غير ذلك مما يشوى من بيض او غيره ذلك كبقول الاخضر الذي يسمى في عرفنا شواء العرب وقولنا في ذلك قول احمد قوله ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم ينبغي بالماء حتى ان ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى طبيخا فلا يحنث به وهذا استحسان بالعرف لان التعميم متعذر لان الدواء مما يطبخ وكذا الفول الذي يسمى في عرفنا الفول الحار ولا يقال لآكله اكل طبيخا فينصرف الى خاص هو اخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف الا ان ينوي غيره من الباذنجان ونحوه مما يطبخ فيحنث به وهذا يقتضي ان لا يحنث بالارز المطبوخ بلا لحم وفي الخلاصة يحنث في الارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا بخلاف ما لو طبخ بزيت او سمن قال ابن سماعة الطبيخ يقع على الشحم ايضا ولا شك ان اللحم بالماء طبيخ وانما الكلام في انه هو المتعارف الظاهر انه لا يختص به ولو اكل من مرق اللحم حنث قال المصنف لما فيه من اجزاء اللحم وهذا يقتضي ان من حلف لا يأكل لحما فاكل المرق الذي طبخ فيه اللحم حنث وقدمنا من المنقول خلافه والوجه ما ذكره ثانيا من قوله ولانه يسمى طبيخا يعني في العرف بخلاف مرق اللحم فانه لا يسمى لحما في العرف قوله ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير في تلك البلدة ويباع فيها من رؤس الابل والبقر والغنم وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل راسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر فكان العرف في زمنه فيهما ثم صار في البقر والغنم فرجع ابو حنيفة رح عن العقاد في حق رؤس الابل وفي زمانهما في الغنم خاصة فوجب على المفتي ان يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما هو في مختصر القدوري واورد ان العادة كما هي في الرؤس مقتصرة على رؤس الغنم او البقر معها كذلك في اللحم مقتصرة على لحم ما يحل اذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمي والخنزير واكله مع ان اليمين انعقد باعتبارهما فحنث باكل لحمهما اذا حلف لا يأكل لحما اجيب بان الاصل في جنس هذه المسائل انه يجب العمل بالحقيقة يعني اللغوية فان لم يمكن وجب اعتبار المتعارف ح واللحم يمكن فيه اكل كل ما يسمى لحما فانعقد باعتباره بخلاف الرؤس لا يمكن اكل

قال ومن حلف لا يأكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح حنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواته فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابو حنيفة رح يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات

قال ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد كل

حقيقتها اذ هي مجموع العظم مع اللحم فيصير الى المتعارف ونقض بالشراء فانه يمكن في الرؤس على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشراء على العموم فيها اجيب بالمنع بل من الرؤس ما لا يمكن بيعه كرؤس الآدمي وبهذا خرج الجواب عما اورد على مسئلة الحلف لا يركب دابة انه لا يحنث اذا ركب كافرا وهو دابة حقيقة فامكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه فان امكان العمل بحقيقة عمومه منتف اذ من الدواب النملة وما هو اصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير الى المتعارف وهذا يهدم ما تقدم من ان المتكلم انما يتكلم بالعرف الذي به التخاطب فوجب عند عدم النية ان يحكم بان المراد ما عليه العرف وتقدم تصحيح العتابي وغيره في لحم الخنزير والآدمي عدم الحنث وليس الابتناء على هذا الاصل المذكور ولو كان هذا الاصل المذكور منظورا فيه لا تجاسر احد على خلافه في الفروع قوله ومن حلف لا يأكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والاجاص والكمثرى وهذا التفصيل عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يحنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل المتفق عليه ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده ان يتنعم به زيادة على المعتاد من الغذاء الاصلي ولهذا يقال النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة والرطب واليابس فيه اي في معنى التفكه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا في الحالين فان خصت العادة التفكه باحدى الحالتين دون الاخرى كالبطيخ فانها خصت التفكه به في حال رطوبته دون حال يبسه لم يحنث باكله يابسا وهذا المعنى اي معنى التفكه بان يؤكل زيادة على الغذاء موجود في التفاح والبطيخ والمشمش فيحنث بها اتفاقا وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحنث بهما اتفاقا واما العنب والرطب والرمان فهي محل الخلاف فوجه قولهما ان معنى التفكه موجود فيها بل هي اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها وابو حنيفة رح يقول هي مما يتغذى بها منفردة حتى يستغنى بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن ولا ينكر انها يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل اصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث باحدها الا ان ينويه فيحنث بالنية اتفاقا ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان او من الاقوات وهي التمر والزبيب والمشائخ قالوا هذا اختلاف زمان ففي زمانه لا يعد هذا من الفواكه وافتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فافتيا به فان قيل الاستدلال المذكور لابي حنيفة يخالف هذا الجمع فان مبنى هذا على العرف والاستدلال المذكور صريح في ان مبناه اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ولا شك ان ذلك لغة والتفكه بالشيء ما يتنعم به زيادة على المحتاج اليه اصالة وهذا معنى اللغة واستعمال العنب واخويه ليس كذلك دائما فقصر الامر كان الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانهما فان قيل وفيه دليل على ما ذكرنا انفا من ان المعتبر اللغة الا ان لا يمكن فيعتبر العرف فان هذا يدل على عدم اعتبارهما ذلك فالجواب انه غير لازم لجواز ان يمنعا كون الاستقبال به احيانا بالنسبة الى بعض الناس يؤثر في نقض كونه مما يتفكه به قوله ومن حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام كالخل والزيت والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح لانه يؤول الى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز واصطبغ مبني للمفعول وهو افتعال من الصبغ ولما كان ثلاثيه متعديا الى واحد جاء الافتعال منه لازما فلا يقال اصطبغ الخبز لانه لا يصل الى المفعول بنفسه حتى يقام مقام الفاعل اذا بني للفعل لنحو ما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلهذا يقال اصطبغ به ولا يقال اصطبغ الخبز وما يشبه

مما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحده بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينوبه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس بادام هو الصحيح

الخبز مما له جرم كجرم الخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس بادام كاللحم والبيض والتمر والزبيب وهذا التفصيل عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف وقول الشافعي واحمد والحاصل ان ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا ادام بالاجماع وما يؤكل وحده غالبا كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب واشباهها ليس اداما بالاجماع اي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف خلافا لما قيل انهما على الخلاف وممن صحح الاتفاق شمس الائمة وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليسا بادام وكذا العنب والبطيخ والبقل وكذا سائر الفواكه ولو كان في بلد يؤكل تبعا للخبز يكون اداما اما البقول فليست بادام بالاتفاق لان اكلها لا يسمى مؤتدما الا ما قد يقال في اهل الحجاز بالنسبة الى اكلهم الكراث وعند الشافعي البقول والبصل وسائر الثمار ادام وفي التمر عنده وجهان في وجه ادام لما روي انه عم وضع تمرة على كسرة وقال هذه ادام هذه رواه ابو داود وفي آخر ليس اداما لانه فاكهة كالزبيب واختلفوا في الجبن والبيض واللحم فجعلها محمد اداما لانها لا تؤكل وحدها غالبا فكانت تبعا للخبز وموافقة له والمراد منه الموافقة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة حين خطب مرأة لو نظرت اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما اي يوفق فما يؤكل غالبا تبعا للخبز موافق له ادام والجبن واخواته كذلك ويؤيده ما روي عنه عم سيد الادام في الدنيا والآخرة اللحم وقال سيد ادامكم اللحم رواه ابن ماجة ويقال ان ملك الروم كتب الى معاوية ان ابعث الى بشر ادام على يد شر رجل فبعث اليه جبنا على يد رجل يسكن في بيت اصهاره وهو من اهل اللسان وبقول محمد اخذ الفقيه ابو الليث ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا فما يؤكل وحده ولو احيانا ليس اداما وهذا لانه من المؤادمة وهي الموافقة وذلك بان يصير مع الخبز كشيء واحد وهو بان يقوم به مقام الصبغ بالثوب وهو ان ينغمس فيه جسمه اذ حقيقة القيام غير مرادة لان الخل ونحوه ليس عرضا يقوم بالجوهر والاجرام المذكورة من البيض وما معه ليس كذلك فليست بادام ويرد عليه انه ان اعتبر في مسمى الادام ما يحنث يؤكل تبعا للخبز موافقا سلمناه ولا يستلزم نفي ما ذكر لانه كذلك وان اعتبر فيه كونه لا يؤكل الا تبعا منعناه نعم ما لا يؤكل الا تبعا موافقا اكمل في مسمى الادام لكن الادام لا يخص اسمه الاكمل منه واستدل لابي حنيفة وابي يوسف ايضا بانه يرفع الى الفم وحده بعد الخبز او قبله فلا يتحقق التبعية بخلاف المصطبغ به واجيب عن الحديث بان كونه سيد الادام لا يستلزم كونه اداما اذ يقال في الخليفة سيد العجم وليس هو منهم واما حكاية معاوية فيتوقف الاستدلال بها على صحتها وهي مستبعدة منها اذ يبعد لامام عالم ان يتكلف ارسال شخص الى بلاد الروم ملتزما المؤنة لغرض مهمل لكافر والسكنى في بيت الصهر فقط لا يوجب ان يكون الساكن اشر رجل فآثار البطلان تلوح على هذه القصة ودفع الاستدلال لهما بان المعتبر التبعية في الاكل والاكل هو فعل الفم والحلق وهما يختلطان فيه ثمه وتحصل التبعية ح ويدفع بان التبعية في الفم بعد رفع كل على حدته تحكم اذ هما فيه اذن جسمان متكافيان لا يكون احدهما تبعا للآخر بخلاف ما وقع تبعا للخبز فان المقصود به سد الجوعة بالخبز الا بالصبغ واما الجسمان المتكافيان فكل ما يصلح لرفع الجوع غير مفتقر

وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشية ولهذا يسمى الظهر احد صلوتي العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه مأخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء

الى الآخر في رفعه قال التمرتاشي وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا ياكل الا رغيفا فاكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد رحمه الله **قوله** واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء بفتح العين والمد من صلوة الظهر الى نصف الليل وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به فان الغداء والعشاء اسم لما يوكل في الوقتين لا للاكل فيهما فالوجه ان يقال فالتغدي الاكل من طلوع الفجر والتعشي الاكل من الظهر الخ لان ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين ولهذا سمي الظهر احدى صلاتي العشي في الحديث اذ في الصحيحين من رواية ابي هريرة صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتي العشاء وفسرت بانها الظهر في بعض الروايات هذا وتفسير التغدي بالاكل من الفجر الى آخره مذكور في التجريد وفي الخلاصة ووقت التغدي من طلوع الشمس الى الزوال ويشبه كونه نقلا عن الفتاوى الصغرى وفيها السحر بعد ذهاب ثلثي الليل ويوافقه ما عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكلمه لم يحنث وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقت الغداء من طلوع الشمس الى وقت الزوال ووقت العشاء من بعد الزوال الى ان يمضي اكثر الليل ووقت السحور من مضي اكثر الليل الى طلوع الفجر ثم قال هذا في عرفهم واما في عرفنا وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى وعرفهم كان موافقا للغة لان الغدوة اسم لاول النهار وما قبل الزوال اوله فالاكل فيه تغد وقد اطلق على السحور غداء في قوله عليه السلام لعرباض بن سارية هلم الى الغداء المبارك وليس الا مجاز القربة من الغداة وكذا السحور لما كان لا يوكل في السحر والسحر من الثلث الاخير سمي ما يوكل في النصف الثاني لقربه من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه التسحر والتضحي الاكل في وقت الضحى ويسمى الضحاء ايضا بالفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلوة الى ان تزول واصل هذه في مسائل القضاء قال السرخسي فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى ان تزول وان قال عند طلوع الشمس او حين تطلع فله من حين تطلع الى ان تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلوة عند طلوع الشمس والنهي يمتد الى ان تبيض والمساء مساآن احدهما ما بعد الزوال والآخر بعد غروب الشمس فايهما نوى صحت نيته وعلى هذا لو حلف بعد زوال لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فحمل على المساء الثاني وهو ما بعد الغروب وذكر الولوالجي والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلوة الى نصف النهار والتصبح ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحوة يعني الكبرى لانه من الاصباح وهذا يعرف بتسمية اهل اللغة ولو حلف ليأتينه غدوة فهذا من بعد طلوع الفجر الى نصف النهار **قوله** ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وكذا السحور فلو اكل لقمة او لقمتين او اكثر ما لم يبلغ نصف الشبع لا يحنث بحلفه ما تغديت وما تعشيت ولا تسحرت ويرد انه صلى الله عليه وسلم قال في رواية الترمذي تعشوا ولو بكف من حشف فان ترك العشاء مهرمة ومعلوم ان كفا من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشبع واجيب بان العرف الطارئ يفيد انه مع الشبع للقطع بقولهم ما تغديت اليوم او ما تعشيت البارحة وان كان اكل لقمة او لقمتين وكذا المعتبر في الغداء ونحوه في حق اهل كل بلد ما يتعارفونه ماكولهم فلو كان عادتهم اكل الخبز في الغداء او اللحم او اللبن ينصرف اليه حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي يحنث لانه غداء اهل البادية ولو اكل غير الخبز من ارز او تمر او غيرهما حتى شبع مما هو غير معتاد التغدي به لم يحنث ايضا **قوله** ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء من الملبوس او المأكول او المشروب لم تصح نيته لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى فاي شيء اكل او لبس او شرب حنث

لم يدين في القضاء ولا في غيره لأن النية إنما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه

عند الشافعي تصح نيته ديانة وهو رواية عن أبي يوسف واختيار الخصاف لأن النية إنما تصح في الملفوظ لتعيين بعض محتملاته والثوب في إن لبست والمأكول والمشروب في إن أكلت أو شربت غير مذكور تنصيصا لم تصادف النية محلها فلغت فإن قيل إن لم يكن مذكورا تنصيصا فهو مذكور تقديرا وهو كالمذكور تنصيصا أجاب بأن تقديره لضرورة اقتضاء الأكل مأكولا وكذا اللبس والشرب المقتضي لا عموم له عندنا ولأن ثبوته ضروري فيتقدر بقدرها والضرورة في تصحيح الكلام لا تتوقف إلا على مأكول هو كذا فلا يصح إرادته فمبنى الخلاف في هذه الفروع بيننا وبين الشافعي رحمه الله في أن المقتضي لا عموم له أو له عموم على ما ذكروا أما لو قال إن لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا وقال عنيت شيئا دون شيء فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لأنه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص فصحت نيته وهذا لأنه نكرة في سياق الشرط فتعم كما تعم لو كانت في سياق النفي بسبب أن الشرط المثبت في اليمين إنما يكون على نفيه لأن المعنى نفي لبس ثوب فكأنه قال لا ألبس ثوبا إلا أنه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضي منه فإن قيل يجب تخصيصا للمصدر الذي دل عليه بالفعل فإنه مذكور بذكر الفعل على ما عرف في الطلاق أجيب بأن المصدر أيضا ضروري للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم وهذا يخالف ما تقدم في مسألة طلقي نفسك حيث جعل المصدر مذكورا بذكر الفعل فقبل العموم حتى صحت نية الثلاث بل الحق على هذا أنه عام وإذا قيل كما قلتم في قوله إن خرجت فعبدي حر ونوى السفر مثلا يصدق ديانة فلا يحنث بالخروج إلى غيره تخصيصا لنفس الخروج بخلاف ما لو نوى الخروج إلى مكان خاص كبغداد حيث لا يصح لأن المكان غير مذكور فكذا يراد تخصيص فعل الأكل ولهذا قد لكم فيما إذا حلف لا يساكن فلانا ونوى المساكنة في بيت واحد أنه يصح وهو تخصيص للمصدر المضمن للفعل قلنا ذلك المصدر وإن عم بسبب أنه في سياق النفي لأن الفعل في سياقه لكنه لا يقبل التخصيص لأن عمومه ضرورة تحقق الفعل في النفي فإنه لا يتحقق في محله الخاص أعني به لفظه لا في لا آكل إلا بتحقق ذلك المصدر هنا كذا وليس ثبوته إلا ضرورة أمر لا يثبت إلا بتتبع غيره ولا يثبت ما هو زائد عليه وحاصله أن من ضرورة ثبوت الفعل في النفي ثبوت المصدر العام وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التعرض بالتخصيص فلا يقبله بخلاف إن أكلت أكلا فإن الاسم مذكور صريحا فيقبل نية التخصيص ولا يشكل الفرق لأن أكلا المذكور ليس عين أكل المعنى للفعل الضروري الثبوت فقام المذكور مقام الاسم فقبل التخصيص وأما مسألة الخروج فقد أنكرها القضاة الأربعة القاضي أبو الهيثم والقاضي أبو حازم والقاضي القمي وأبو طاهر الدباس وحملوا ما روي عن محمد فيها على ما لو قال إن خرجت خروجا فكأنها سقطت من الكاتب ومن التزمها أجاب بأن الخروج في نفسه متنوع إلى سفر وغيره حتى اختلفت أحكامها فقبل إرادة أحد نوعيه وبه أجيب عن مسألة المساكنة فإنها متنوعة إلى كاملة وهي المساكنة في بيت واحد ومطلقة وهي ما يكون في دار فإرادة المساكنة في بيت إرادة أخص أنواعها وهذا بخلاف ما إذا حلف لا يغتسل أو لا ينكح ثم قال عنيت من جنابة أو امرأة دون امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة لأن الاغتسال غير متنوع لأنه عبارة عن إمرار الماء والتنوع في أسبابه وكذا لا يسكن دار فلان وقال عنيت بأجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بأن استأجرها منه أو استعارها فإنه يحلف ينوي السكنى بالإجارة أو الإعارة لا يصح حتى لو سكنها بغير أجر حنث بخلاف ما لو حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان ويعني اشتراها

وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء

لنفسه فانه يصدق لانه احد نوعي الشراء لانه متنوع الى ما يوجب الملك للمشتري وما يوجبه لغيره فتصح نية احد النوعين بخلاف السكنى نفسها لا تتنوع لانها ليست الا الكينونة في الدار على وجه القرار وانما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة لانها لم تذكر بخلاف الجنس وكذا لو حلف لا يتزوج امرأة ونوى كوفية او بصرية لا يصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى حبشية او عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص الجنس لان الاختلاف بالنسبة الى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة الى البلاد اختلاف بالصفة وكان السر في ذلك والله اعلم ان ذكر لفظ امرأة او رجل يتضمن ذكر ولد لاب الى آدم فكانه قال كل من لها اب من ولد آدم دار الى بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعينها ذكر ولد آدم وان كان لا يخلو الموجود عن صفة فثبوتها مقتضى الوجود لا اللفظ والحق ان الافعال الخارجية لا تتنوع ان تكون الانواع واحدا لا فرق في ذلك بين الغسل ونحوه وبين الخروج ونحوه من الشراء فكما ان اتحاد الغسل بسبب انه ليس الا امرار الماء كذلك الخروج ليس الا قطع المسافة غير انه يوصف بالطول والقصر في الزمان فلا تصير منقسمة الى نوعين الا باختلاف الاحكام شرعا فان عهد ذلك جعلنا اعتبار الشرع اياه كذلك كما في الخروج المختلف الاحكام في السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره تختلف احكامه فيحكم بتعدد النوع في ذلك ولا يخفى ان المساكنة والسكنى ليس فيها اختلاف احكام الشرع الطائفة منها بالنسبة الى طائفة اخرى وكل في نفسه نوع لان الكل قرار في المكان ثم اعلم ان التحقيق ان المفعول في لا آكل لا البس ليس من باب المقتضى لان المقتضى ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بان يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطأ والنسيان او بعدم صحته شرعا مثل اعتق عبدك عني وليس قول القائل لا آكل يحكم بكذبه على ظاهره ولا يقتضي حكما لا يصح شرعا ثم المفعول اعني الماكول من ضروريات وجود فعل الاكل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك اذ لا بد ان يستدعي معناه زمانا ومكانا فكان لا يفرق بين قولنا الخطأ والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وضرب عمرو فانما هو من باب حذف المفعول اقتصارا وتناسيا وطائفة من المشايخ وان فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف يقبل العموم قلنا ان نقول عمومه لا يقبل التخصيص وقد صرح من المحققين جمع بان من العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني اذا قلنا بان العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الالفاظ وغير ذلك اذ هذا المحذوف ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات اليه اذ ليس الغرض الا الاخبار بمجرد الفعل على عرف ان الفعل المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باب المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لا ياكل في مكان دون آخر او زمان لا تصح نيته بالاتفاق ومن صور تخصيص الحال ان يقول لا اكلم هذا الرجل وهو قائم ونوى في حال قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال لا اكلم هذا الرجل القائم فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى والفرق بان المفعول في حكم المذكور اذ لا يعقل الفعل الا بعقليته ممنوع بل نقطع بتعقل معنى المتعدي دون اخطاره فانما هو لازم لوجوده لا مدلول اللفظ هذا ويكون ارادة نوع ليس تخصيصا من العام مما يقبل المنع لانه لا يخرج عن قصر عام على بعض متناولاته واقرب الامور اليك قوله لا تقتلوا النساء والصبيان تخصيص لا تقتلوا المشركين مع ان النساء نوع مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص النوع ليس الا اخراج جميع افراده كما نحن فيه تخصيص السفر تخصيص كل ما يصدق

قال: ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إذا شرب منها بإناء يحنث لأنه المتعارف المفهوم وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة

عليها اسم السفر فيتم الإشكال في يمين المساكنة والخروج وقد يمكن دفعه بما ذكرنا والإيجاب بما ذكر في الذخيرة جوابا عن إيراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه من حيث إنه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب أن يصدق في القضاء كما في الخروج وكما في قوله أنت بائن قلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لأن الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق فمن هذا الوجه يكون عموما فكان تخصيصه من ذا النوع تخصيصا ولكن في حق الملك بيان نوع لأنهما مختلفان في حق الملك فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا من حيث إنه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وإن لم يكن الاسم ملفوظا ومن حيث إنه تخصيص لم يجز في القضاء وهذا بخلاف قوله أنت بائن ثم نية أي أنواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لأن الاسم في الإثبات لا يعم استغراقا بخلافه في النفي لو قلت رأيت رجالا لا يعم أصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رأيت رجلا قوله ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا أي يتناول بفمه من نفس النهر عند أبي حنيفة رحمه الله إذا لم تكن له نية أما إذا نوى بإناء حنث به إجماعا وقالا إذا شرب منها كيف ما شرب بإناء أو بيده أو كرعا حنث لا فرق بين ذلك بين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها بإناء أو كرعا في دجلة أو نهر آخر يأخذ من دجلة لأن نسبة الماء إليها ثابتة في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي رحمه الله وأحمد ووجهه أنه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو وإن كان مجازا فالمجاز حذف أي من ماء دجلة أو مجاز علاقته بأن عبر بدجلة عن مائها وهو أولى من مجاز الحذف لأكثريته بالنسبة إليه ولشهرة جرى النهر قرين له بأن علاقة المجاورة ثم هو أشهر من أنه يراد به نفس الكرع فيصرف إليه فيعم الكرع وغيره كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول كيف ما كان حافيا أو ناعلا أو مستأجرا وإذا دخل قدميه فقط لا يحنث لأن هذا ليس دخولا واليمين تنعقد عليه وله أن المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل للعرب وأهل العرف لأن كثيرا من الرعاة وغيرهم من أهل البوادي يفعلونه وروي عنه عليه السلام أنه أتى قوما فقال هل عندكم ماء بات في شن وإلا كرعنا وإذا كان المعنى الحقيقي مستعملا كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لأن الحقيقة ما لم تهجر كانت أولى من المجاز ولهذا يحنث بالكرع إجماعا إلا أنهما يقولان حنث به باعتبار أنه من أفراد المجاز لا باعتبار إرادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا أهدر هذا القسم وإنما قلنا إن الكرع حقيقة اللفظ لأن من هنا لابتداء الغاية فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة وذلك إنما يكون بوضع الفم عليها نفسها فإذا وضع الفم على يده أو كوز ونحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضع فمه على نفسها وأما ما في الهداية من أنها للتبعيض فإنما يصلح توجيها لقولهما لأن المعنى حينئذ لا أشرب بعض ماء دجلة إذ لو أريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لأن نفس دجلة وهو الأرض المشقوقة نهرا ليس مما يشرب فلو أريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض تعيين المراد لا أشرب بعض ماء دجلة وهو يصدق بنفس قولهما فيحنث بالكرع وغيره لأنه ماء دجلة وعلى هذا اتجه قولهما بهذا الوجه المشهور في تقدم المجاز المتعارف وهو أن الكلام عند عدم قرينة إرادة المعنى الأعلى انصرف إلى المشهور منه وإن جعلت من للبيان بأن يقال وضع الفم على نفس دجلة لا يفعل وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلزم أن يراد بلفظ دجلة ماؤها ويجوز أن يكون من للتبعيض فالمعنى لا أشرب بعض ماء دجلة أو للابتداء والمعنى لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشربه مائها كرعا وغيره وأما الاستدلال له بقوله تعالى إن الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه إلى قوله إلا من اغترف غرفة بيده من جهة أنه يفيد أن الماء باليد يخالف الشرب

ولهذا يحنث بالكرع بجامع الاستبداد المصير الى المجاز وان كان متعارفا ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط فصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة

منه فغلط وهو بناء على انه استثناء منقطع والاتصال اولى اذا امكن وهو ممكن بل المعنى عليه فان المراد انهم ابتلوا بترك الشرب من النهر بشرب كفاية ودري فان حاصل المعنى من شرب منه مطلقا قليلا او كثيرا كائنا فليس مني الا من شرب منه قدر كفه تحقيقا بان اغترفها والذي انتظم عليه رأي اصحابنا في الدرس توجيه قول ابي حنيفة رحمه الله ان اسم الدجلة على قول الكل حقيقة في نفس النهر دون الماء وارادة حرفهم على نفس جزائه مثبت فالمراد منه لا وضعه على الماء الكائن فيها وجاز كون الاسم حقيقة فيه مشتركا او مجازا فان فرض مشتركا فلا اشكال ان حقيقة اللفظ اعني مجموع التركيب هو وضع الفم فيها فانها حال كونه في حضوص ذلك المحل وان فرض مجازا في هذا المعنى فمعنى قوله اللفظ حقيقة مستعملة الخ ان التركيب حقيقة وصل المعنى الحقيقي للشرب بالمعنى المجازي لدجلة وهو الماء الكائن في النهر الخاص وصح مجازكون من للتبعيض والمعنى لا اشرب بعض دجلة اي الماء الخاص في المكان الخاص وظاهر كان كونها للتبعيض مع صحة قوله اللفظ اي التركيب حقيقة مستعملة هي الثابت من نفس الماء الكائن في المكان ثم ترجح مجازية المفرد اعني دجلة المستعمل في مائها بقيد كونه من نفس النهر على مجازيهما وهو دجلة في مائها الا بهذا القيد حتى حنث بالشرب منه باناء ومن نهر صغير ياخذ منها بانه مجاز اقرب الى الحقيقة اعني دجلة بمعنى النهر ونظير المسئلتين لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذي فيه في كوز آخر فشرب منه لا يحنث بالاجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب في كوز آخر فشرب حنث بالاجماع وكذا لو قال من هذا الحب او من ماء هذا الحب فنقل الى حب آخر ولو قال من هذا الجب او من هذا البير قال ابو سهيل الشرعي لو كان الحب والبير ملآن فيمينه على الكرع عند ابي حنيفة رحمه الله لامكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وينبغي ان يقال على ما هو اعم من الاغتراف وان لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من اسفل الجب او البير اختلفوا والصحيح انه لا يحنث لعدم العرف بالكرع في هذه الحالة فروع لو قال لا اشرب من الفرات وشرب من نهر ياخذ منه لم يحنث اجماعا اما عنده فلان يمينه على الكرع واما عندهما فلانه مثل الفرات في امساك الماء فينقطع النسبة فخرج عن عموم المجاز اما لو قال لا اشرب من ماء الفرات فشرب من نهر ياخذ منه حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا اشرب ماء فراتا يحنث بكل ماء عذب في اي موضع كان ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث ولو شرب من ماء واد سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك او من ماء مطر مستنقع حنث ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فانجمد فاكله لا يحنث فاذا ذاب فشرب يحنث قال الفقيه ابو الليث هذا بمنزلة ما اذا حلف لا يجلس على البساط فجعله خرجا فجلس عليه لا يحنث فان فتقه فصار بساطا فجلس عليه حنث وفي فتاوى محمد بن الوليد لا يحنث اذا شربه لانقطاع النسبة الاولى لانتسابه الى الجمد ولو كان في النحل حنث لان النسبة لا تنقطع ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطه ما لم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر او ربعه والظاهر ان هذا انما يأتي في النيل لان الشط ينتفي قبل الربع ايضا لسعته ومن حلف لا يشرب نبيذا فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخا لان الصالحين يسمونه شارب خمر ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر ولو حلف لا يشرب شرابا حنث بشرب الماء والنبيذ وكذا بالمسمى عندنا اتساعا وفقا لا بشرب الخل والسمن والزيت والعسل وقيل لا يحنث بالماء وهو الظاهر لان في العرف اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشراب النيلوفر وقيل لا يقع على المتخذ من الحبوب حلف لا يشرب

ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله لان اليمين انما تنعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا

بغير اذن فلان فاعطاه فلان فلم ياذن بلسانه في الخلاصة ينبغي ان يحنث وهذا دليل الرضى ليس باذن ولو حلف لا يشرب خمرا فمزجها بغير جنسها كالاقسمة ونحوه يعتبر بالغالب وانما تعرف الغلبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما كذا روي عن ابي يوسف في النوادر فيما اذا حلف لا يشرب لبنا فصب عليه الماء فشربه يحنث ان كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه وان كان لون الماء لا يحنث وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالاجزاء وان كانا سواء حنث استحسانا واما اذا خالطه بجنسه بان حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن بقرة اخرى وعند ابي يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب وعند محمد يحنث بكل حال لان الجنس عنده لا يغلب الجنس بل يتكثر بجنسه وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج اما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق اذا عقد يمينه على الدهن

قوله ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما سواء علم وقت الحلف ان فيه ماء او لم يعلم وقال ابو يوسف رحمه الله حنث في ذلك كله اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله اي اصل هذا الخلاف ان تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجوب البر وهو قول مالك ووجه عند الشافعية وعند ابي يوسف لا يشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة ولا لبقاء المقيدة وهو وجه آخر للشافعية ومما ابتنى على الخلاف لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضي اليوم لا يحنث عندهما وحنث عند ابي يوسف لانها تبقى ويحنث في آخر جزء من اليوم وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافا له وانما شرطنا جهله بموته عندهما لانه لو كان عالما بموته انعقدت وحنث بالاتفاق لان اليمين انعقدت على ازالة حيوة يحدثها الله فيه بخلاف ما اذا لم يكن عالما لانه عقدها على حياة القائمة على ظنه والواقع انتفاؤها فكان البر غير متصور كمسئلة الكوز فانه وان امكن احداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير المحلوف عليه فان الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه اذ ذاك فلذا لا ينعقد عندهما وكذا اذا حلف لياكلن هذا الرغيف اليوم فاكل قبل الليل او ليقضين فلانا دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له او مات احدهما قبل مضي الغد او قضاه قبله او ابرأه فلان قبله لم تنعقد عندهما وانعقدت عند ابي يوسف رحمه الله وكذا لو قال لزيد ان رايت عمرا فلم اعلمك فعبدي حر فراه مع زيد فسكت ولم يقل شيئا او قال هو عمرو لا يعتق عندهما لفوات الاعلام فلم يبق اليمين وعنده تعتق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه وكذا اذا حلف لا يعطيه حتى ياذن فلان فمات فلان ثم اعطاه لم يحنث خلافا له وكذا ليضربنه او ليكلمنه وجه قولهما ان اليمين انما تنعقد للبر حملا او منعا او لاظهار معنى الصدق فكان محلها خبرا يكون فيه البر فاذا لم يكن فات محلها ولا انعقاد الا في محلها واذا لم تنعقد فلا حنث ولابي يوسف انه امكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر في الخلف وهو الكفارة كما قلنا في الحلف على مس السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا حيث تنعقد مع استحالته عادة ثم يحنث في الحال قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف لانه فرع الاصل فينعقد اولا في حقه ثم ينتقل الى الخلف للعجز الظاهر ولذا لم تنعقد الغموس موجبة للكفارة حيث كان البر مستحيلا فيها ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بان لم يذكر اليوم ففي الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما لعدم انعقادها لعدم

فابو يوسف رحمه الله فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التأقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداءً في هذه الحالة **قال** ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر رحمه الله لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

تصور البر وعند ابي يوسف يحنث للحال في الوجه الثاني وهو ما اذا كان فيه ماء فاهريق يحنث في قولهم جميعا **قوله** فابو يوسف فرق الخ لا شك ان هنا اربع صور صورتان في المقيدة باليوم او وقت آخر جمعة او شهر وهما ان يكون في الكوز ماء وقت الحلف ولم لا يكون وصورتان في المطلقة عندهما ما كان ايضا ففي المقيدة ولا ماء لا ينعقد عندهما لعدم تصور البر فلا يتصور الحنث وينعقد عنده ويحنث للحال للعجز الدائم عن البر من وقت الحلف الى الموت وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا واذا اهريق قبل آخر الوقت بطلت عندهما لانعقادها ثم طرء العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال البقاء الى آخر الوقت وعنده يتأخر الحنث الى آخر جزء من الوقت فهناك يحنث وفي المطلقة ولا ماء لا تنعقد عندهما وعنده تنعقد ويحنث للعجز الحالي الذي لا يرجى والتي بالماء في المطلقة وفيها تنعقد اتفاقا لامكان البر عندهما اذا اريق حنث اتفاقا اما عند ابي يوسف فظاهر الى ما قبله واما عندهما فلان تصور البر شرط في المطلقة الا للانعقاد فقط وقد وجد حال الانعقاد لفرض وجود الماء حال الحلف فقد فرق ابو يوسف بين المقيدة فاوجب الحنث مطلقا آخر الوقت وبين المطلقة اذا كان الماء موجودا حال الحلف فاوجب الحنث حال الاراقة فاذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه من اليمين والفرق ان التأقيت للتوسعة على نفسه في الفعل فلا يتعين الفعل عليه الا في آخر جزء من الوقت وان كان التأخير لا يرجى له فائدة فيما اذا لم يكن ماء وقت الحلف لان اللفظ ما لواجب انعقاد اليمين في حق الفعل مضيقا متعينا الا في آخر جزء منه فلا يحنث قبله فكذا اذا كان فيه ماء فصب لهذا بعينه بخلاف المطلقة ولا ماء فانه لا فائدة في تأخير الحنث وان كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها الا بموت الحالف او المحلوف عليه في مثل حلفه على ضربه او طلاقها فان ذلك ان كان البر مرجوا ولا رجاء هنا وفيما اذا كان الماء موجودا لا يثبت هذا اليأس الا عند الاراقة فيحنث اذ ذاك وهما ايضا يحتاجان الى الفرق ولانه لا يحنث عندهما اذا ذكر الوقت فاهريق قبل آخره فاذا لم يذكر فاهريق يحنث والفرق ان الوقت اذا ذكر كان البر واجبا عليه في الجزء الاخير وعنده المحلوف عليه فائت فكانه حلف اذ ذاك ليشربن الماء في هذا الكوز اليوم وعلمت بهذا ان اشتراطهما بقاء التصور لبقاء اليمين الموقتة هو في المعنى اشتراط التصور لانعقاد اليمين المطلقة بخلاف ما اذا لم يذكر الوقت فان البر واجب عليه في الحال فاذا فات المحلوف عليه حنث ولقائل ان يقول وجوب البر في المطلقة في الحال ان كان بمعنى تعيينه حتى يحنث في ثاني الحال فلا شك انه ليس كذلك وان كان بمعنى الوجوب الموسع الى الموت فيحنث في آخر جزء من الحيوة فالموقتة كذلك لانه لا يحنث الا في آخر جزء من الوقت الذي ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحيوة فلاي شيء تبطل اليمين عند آخر اجزاء الوقت في الموقتة ولم تبطل عند آخر جزء من الحيوة في المطلقة ومن فوائد هذه الخلافية ما لو قال رجل لامرأته ان لم تهبي لي صداقك اليوم فانت طالق فقال ابوها ان وهبت له صداقك فامك طالق فحيلة عدم حنثهما ان يشتري منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث ابوها لانها لم تهب صداقها ولا الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالبيع ثم اذا ارادت عود الصداق ردته بخيار الرؤية **قوله** ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها يعني اذا حلف مطلقا كما هو في الكتاب اما اذا وقت اليمين فقال لاصعدن غدا لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذ لا حنث وقال زفر لا تنعقد اصلا لانه مستحيل عادة

باب اليمين في الكلام

قال ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله

فيجعل كالمستحيل حقيقة كماء الكوز فلا ينعقد ولنا ان صعود السماء ممكن ولذا صعدته الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى خلقه صفة الحجرية والباسه صفة الذهبية بناء على ان الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات او باعدام الاجزاء الحجرية وابدالها باجزاء ذهبية فالتحويل في الاول اظهر فهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق وكرامات الاولياء فكان البر متصورا فينعقد اليمين موجبة لخلفيته وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات الحالف فانه يحنث في آخر جزء كما قلنا مع احتمال عادة الحيوة فيه فيثبت معه احتمال ان يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم بالحنث اجماعا بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد فمحط الخلاف انه الحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه وكل ما وقع في هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلا متفهما والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الكلام لما فرغ من ذكر الافعال التي هي اهم من الكلام كالاكل والسكنى وتوابعها شرع في الكلام اذ لا بد من وقوعه لان الانسان لا بد له من ايصال ما في نفسه الى غيره لتحصيل مقاصده وبدأ بالكلام الاعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرهما لتقدم الاعم على الخصوصيات قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه لقرب مكانه منه الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا انه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله اي لغفلته فانه يحنث وهذا لان العلم بوصول صوته الى صماخه غير ثابت فادير على مظنة ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغيا اليه لما سمع ولهذا لو كان اصم حنث وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه فانه قال في بعضها فناداه او ايقظه وفي بعضها فناداه وايقظه قال واختاره مشائخنا لانه اذا لم يتنبه بكلامه صار كما اذا ناداه من بعيد جدا بحيث لا يسمع صوته فضلا من ان يميز حروفه وفي ذلك يكون لاغيا لا مكلما منا باوصار كما لو كان ميتا لا يحنث بكلامه بخلاف الاصم لانه يصح ان يقال كلمه اذا كان بحيث لولا الصمم سمع لا يقال مثله في الميت كذلك لولا الموت سمع لانا نقول يمينه لا تنعقد الا على الحي لان المتعارف هو الكلام معه ولان الغرض من الحلف على ترك الكلام اظهار المقاطعة وذلك لا يتحقق في الميت والبعيد الذي لا شعور له بندائه وكلامه لكن ما ذكر محمد في السير الكبير اذا نادى المسلم اهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته الا انهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو امان قال السرخسي هذا يبين ان الصحيح في مسئلة الايمان الحنث وان لم توقظه انتهى وقد فرق على هذه الرواية بان الامان يحتاط في اثباته وقيل يحكم فيها بالخلاف فعنده يحنث لانه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لا يحنث والمراد بما نسب اليه ما ذكر في باب التيمم من ان المتيمم اذا مر به وهو نائم على ماء ولا علم له به ينتقض تيممه وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد وللمشائخ فانه لو كان مستيقظا حقيقة واليه جانبه حفيرة ماء لا يعلم به لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس واضيف الى هذه مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ في الذخيرة لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستانف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل فلو قال موصولا ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او اخرجي او قومي او شتمها او زجرها متصلا لا يحنث لان هذا من تمام الكلام

وفي بعض روايات المبسوط شرطان يوقظه وعليه مشائخنا لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته

الاول فلا يكون مرادا باليمين الا ان اريد به كلاما مستانفا وهو وجه لاصحاب الشافعي وبه قال الشافعي في الاظهر واحمد ومالك رحمهم الله يحنث وفي المنتقى لو قال فاذهبي او اذهبي لا تطلق ولو قال اذهبي طلقت لانه منقطع عن اليمين واما ما في نوادر ابن سماعة عن محمد لا اكلمك اليوم او غدا حنث لانه كلمة اليوم بقوله او غدا ولا شك في عدم صحته لانه كلام واحد فانه اذا اراد ان يحلف على احد الامرين لا يقال الا كذلك وعلى هذا اذا قال لآخر ان ابتدأتك بكلام فعبدي حر فالتقيا فسلم كل على الآخر معا لا يحنث وانحلت يمينه لعدم تصور ان يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لها ان ابتدأتك بكلام وقالت هي له كذلك لا يحنث اذا كلمها لانه لم يبتدئها ولا يحنث بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث الا ان لا يقصده فيصدق ديانة لا قضاء وعند مالك والشافعي رحمهما الله قضاء ايضا اما لو قال السلام عليكم الا على واحد صدق قضاء عندنا ولو سلم من الصلوة فان كان اماما قيل ان كان المحلوف عليه عن يمينه لا يحنث وان كان عن يساره يحنث لان الاولى واقعة في الصلوة فلا يحنث به بخلاف الثانية وقيل لا يحنث بهما لانها في الصلوة من وجه وكذا عن محمد لا يحنث فيهما وهو الصحيح والاصح ما في الشافي انه يحنث الا ان ينوي غيره وفي شرح القدوري فيما اذا كان لا يحنث اذا نواه وان كان مقتديا فعلى ذلك التفصيل عندهما وعند محمد لا يحنث مطلقا لان سلام الامام يخرج المقتدي عن الصلوة عنده خلافا لهما وبه قال مالك ولو دق عليه الباب فقال من حنث وقال ابو الليث لو قال بالفارسية كيست لا يحنث ولو قال كي تو حنث وبه اخذ وهو المختار ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك او لبي حنث ولو كلمه الحالف بكلام لم يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو اراد ان يامره بشئ فقال وقد مر المحلوف عليه يا حائط اسمع افعل كيت وكيت فسمعه المحلوف عليه وفهمه لا يحنث قاله في الذخيرة ولو حلف لا يتكلم فتناول اعرابه شيئا وقال ها حنث ولو جاءه كافر يريد الاسلام فبين صفة الاسلام يسمعه ولا يوجه اليه لم يحنث وفي المحيط لو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو او فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث وخارج الصلوة يحنث ولو كتب اليه كتابا او ارسل رسولا لا يحنث لانه لا يسمى كلاما عرفا خلافا لمالك واحمد رحمهما الله واستدلا لهم بقوله تعالى وما كان لبشر ان يكلمه الله الا وحيا الى قوله تعالى او يرسل رسولا اجيب عنه بان مبنى الايمان على العرف واعلم ان الكلام لا يكون الا باللسان فلا يكون بالاشارة ولا الكتابة والاخبار والاقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالاشارة والايماء والاظهار والافشاء والاعلام يكون بالاشارة ايضا فان نوى في ذلك كله اي في الاظهار والافشاء والاعلام والاخبار كونه بالكلام والكتابة دون الاشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولو حلف لا يحنث الا ان يشافهه وكذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة ولو قال لا يبشره فكتب اليه حنث وفي قوله ان اخبرتني ان فلانا قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب ولو قال بقدومه ونحوه فعلى الصدق خاصة وكذا ان اعلمتني وكذا البشارة ومثله ان كتبت الي ان فلانا قدم فكتب اليه قبل قدومه فوصل اليه الكتاب حنث سواء وصل اليه قبل قدومه او بعده بخلاف ان كتبت الي بقدومه لم يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع وذكر هشام عن محمد سألني هارون الرشيد عمن حلف ان لا يكتب الى فلان فامر ان يكتب اليه بايماء او اشارة هل يحنث فقلت نعم يا امير المؤمنين اذا كان مثلك قال السرخسي وهذا اصح لان السلطان لا يكتب بنفسه وانما يامر به ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لا يحنث عند ابي يوسف رحمه الله ويحنث عند محمد رحمه الله لان المقصود الوقوف على ما فيه لا عين التلفظ به ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام احدهما الا ان ينوي كلا منهما فيحنث

صحيح

ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رح لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالآذن كالرضاء قلنا الرضاء من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر **قال** وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين وذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا يتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرء القرآن في صلوته لا يحنث وان قرء في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رح لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا

بكلام احدهما وعليه الفتوى وان ذكر خلافه في بعض المواضع **قوله** ومن حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان اي بالاشتقاق الكبير او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع قال المص وقال ابو يوسف لا يحنث وهذه رواية عنه كما ذكره الاقطع في شرحه حيث قال ظاهر قولهم انه لا يحنث وعن ابي يوسف يحنث ووجه هذه الرواية عنه ان الاذن هو الاطلاق فانه لا يتم بالاذن كالرضا فانه لو حلف لا يكلمه الا برضى فلان فرضي ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث اجاب المص بان الرضا من عمل القلب ولا كذلك الاذن نعم هو يتضمن الرضى ظاهرا لكن معناه الاعلام بالرضا فلا يتحقق الا بجهر والرضا ثم ما نوقض به من انه ذكر في التتمة والفتاوى الصغرى اذا اذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم يصير ماذونا فيه بانه يدل على نقيض مقصود المورد لدلالته على عدم الاذن قبل العلم حيث قال حتى اذا علم صار ماذونا فعرف انه ليس له قبل العلم حكم الاذن يدل عليه ما في الشامل في قسم المبسوط اخذ لعبده فلم يعلم به احد من الناس فتصرف العبد ثم علم باذنه لم يجز تصرفه غاية ما فيه ان الاذن يثبت موقوفا على العلم فسقط تكلف جوابه وقوله على ما مر يعني ما تقدم آنفا من قوله لان الاذن مشتق من الاذان الخ

قوله وان حلف لا يكلمه شهرا فهو اي ابتداء الشهر من حين حلف لان دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف موجب ترك الكلام من الآن ونظيره اذا اجره شهرا لان العقود تراد لدفع الحاجة القائمة في الحال ظاهرا فكان ابتداؤه من وقت العقد ولانه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون واما الاجل في قوله كفلت لك بنفسه الى شهر اختلف في انها لبيان ابتداء المدة او لانتهائها وعن ابي يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم باحضاره بعد الشهر واعتبارا باجال الديون فجعلها لبيان ابتدائها فلا يلزم باحضاره قبل الشهر وهو احسن لان الاجل في مثله للترفيه بخلاف ما لو قال والله لاصومن شهرا فانه نكرة في الاثبات وانما يوجب شهرا شائعا بعينه الحالف ولا موجب لصرفه الى الحال واما قول المص لو لم يذكر الشهر تابد فكان فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي ما يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله فظاهره انه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله بالواو ومن الشارحين من قرره من وجهين لان دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء الى ما يلي الحلف كما ذكرنا وما قبله وجه آخر وهو انه لو اطلق تابد لانه نكرة في النفي يعني مصدر ذلك الفعل فاذا اخرج ما وراء المدة بقي الشهر متصلا بالايجاب ولا يخفى ان ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه منتف بالاصل لا بدلالة على النفي ولو فرض له دلالة على نفي الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو ما يلي شهرا ابتداؤه من الحال فلذا جعل المص قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجها واحدا الا انك علمت من تقريرنا ان لا حاجة الى ما قدمه من لزوم التابيد والاخراج واما ما فرع على استقلال الاخراج مما ذكره التمرتاشي من قوله ان تركت الصوم شهرا او كلامه شهرا انما ولي شهرا من حين حلف لان ترك الصوم والكلام مطلقا يتناول الابد فذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا ان لم اساكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا في عمره حنث وان لم يتركه متصلا بالحلف وهو تحميل اللفظ ما لم يوجبه نعم ان كان في مثله عرف يصرفه الى الوصل بالحلف والا فلا **قوله** ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في الصلوة لا يحنث وان قرأ في غير الصلوة حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير اذا فعله في الصلوة لا يحنث وخارجها يحنث هذا جواب الاستحسان وفي القياس يحنث فيهما

ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف

وهو قول الشافعي رح لانه اي القرآن والذكر كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحدث من امره ما يشاء وان مما احدث ان لا تتكلموا في الصلوة متفق عليه واما الحديث الذي ذكره المص من قوله صلى الله عليه وسلم ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس فقيل عليه انه انما نفى عنها كلام الناس فلا يستلزم نفي الكلام مطلقا وهذا التفصيل جواب ظاهر المذهب ولما كان مبنى الايمان على العرف وفي العرف المتاخر لا يسمى التسبيح والقرآن ايضا وما معه كلاما حتى انه يقال لمن سبح طول يومه او قرأ لا تتكلم اليوم بكلمة اختار المشائخ انه لا يحنث ايضا بجميع ذلك خارج الصلوة واختير للفتوى من غير تفصيل بين عقد اليمين بالعربية والفارسية وما ذكر في بعض المواضع من انه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فانت طالق فقالت سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر طلقت واحدة ولو قالت بلا عطف سبحان الله الحمد لله لا اله الا الله الله اكبر طلقت ثلاثا لانه كلام متعدد لاستيناف كل بخلاف المعطوف لانه كلام واحد وقد يدفع بان الكلام في مطلق الكلام عرفا لا فيما قيد بقيد اصلا واما الشعر فانه يحنث به لانه كلام منظوم وفي الحديث اصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد وعرف مما تقدم انه لا يحنث بالكتابة والايماء ونحوه **قوله** ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار فان كلمه ليلا او نهارا حنث ثم قال المص في وجهه لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ولا فرق بين التولية ليلا او نهارا والكلام لا يمتد قيل في وجهه لانه عرض لا يقبل الامتداد لا يتجدد الامثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك وذلك عند اتحادهم صورة ومعنى والكلام الثاني يفيد معنى غير مفاد الاول فليس مثلا وما قيل الكلام متنوع الى خبر واستخبار وامر ونهي فلا يحمل على الكلام المطلق انه ممتد فمتد يقال ولا يحمل عليه مطلقا انه غير ممتد اذ كل نوع منه على هذا ممتد على ان اسم الكلام ليس الا الالفاظ مفيدة معنى كيف ما كان فتتحقق المماثلة سواء كان المفاد من نوع الاول اولا وبه يندفع القولان وكذا قال الشيخ عبد العزيز الصحيح ان يقال الطلاق مما لا يمتد لان الكلام مما يمتد يقال كلمته يوما ولان اعتبار المظروف اولى من اعتبار المضاف اليه كما في قولك امرك بيدك يوم يقدم فلان وقد تقدم تحقيق هذا الاصل في الطلاق واختلاف عباراتهم فيه وان الاولى الاعتبار بالعامل المعتبر واقعا فيه عند تحقق معنى ما اضيف اليه الظرف وعدمه بجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لانه هو المقصود الاصلي بخلاف ما اضيف اليه لانه ليس مقصودا الا للتعيين ما تحقق فيه ما قصد الى اثبات معناه بالقصد الاولي واستشكل بما لو قال والله لا اكلم فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكلمه ليلا لا يحنث لان الليل لم يدخل وكذا لو قال في كل يوم لم يدخل الليل ذكر ذلك في التتمة وبه قال الشافعي وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكر المص وجوابه ان المراد باليوم فيه النهار في المسئلة الاولى بدلالة اعادة حرف النفي حتى لو لم يكن لذكره فائدة حتى لو قال لا اكلمه اليوم وغدا وبعد غد تدخل الليلة وبه قال الشافعي رح وهو كقوله ثلاثة ايام وفي المسئلة الثانية ذكر كلمة في كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف في انت طالق في كل يوم تطلق ثلاثا في ثلثة ايام ولو قال كل يوم تطلق واحدة ولا يتحقق التجديد لو اريد باليوم مطلق الوقت **قوله** وان عنى النهار خاصة اي بلفظ اليوم دين اي صدق في القضاء لانه مستعمل فيه لانه حقيقة مستعملة كثيرا فيقبله القاضي وان كان فيه تخفيفا على نفسه او هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت وعن ابي يوسف لا يدين في القضاء لانه خلاف

ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت

ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامرأته طالق فكلم قبل القدوم والاذن حنث ولو كلم بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين

المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء قوله ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواده كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت كما جاء في لفظ اليوم واورد عليه قول القائل ؎ وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة ۞ ليالي لاقينا جذاما وحميرا ۞ سقيناهم كاسا سقونا بمثلها ۞ ولكنهم كانوا على الموت اصبرا ۞ والمراد مطلق الوقت فان الحرب لم يكن ليلا اجاب شمس الائمة بان المذكور الليالي بصيغة الجمع وذكر احد العددين ينتظم بازائه من الآخر ولا كذلك المفرد يعني ذكر الليالي ينتظم النهر التي بازائها كما ان ذكر الايام ينتظم الليالي التي بازائها قال تعالى ان لا تكلم الناس ثلثة ايام وفي آية اخرى ثلث ليال والقصة واحدة وليس الكلام الا في المفرد فان ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالقلب ونظر فيه بعضهم بانه يقتضي ان الشاعر قصد ان الملاقاة كانت مستوعبة لليالي تستتبعها ايام بقدرها والمتعارف في مثل هذا الكلام انه انما يقصد به الوقت لا الجمع بين الايام والليالي وليس هذا بشيء لان الواقع قد يكون ان الحرب دامت بينهم اياما ولياليها وهذا كثير الوقوع فاراد ان يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيده ولا دخل لذلك في خصوص عرف قوله ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية اي ان القدوم والاذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا ان فعل الشرط المثبت في اليمين يكون للمنع منه فيكون في معنى المنفي به وبالقلب فقوله ان كلمته حتى يقدم بمعنى لا اكلمه حتى يقدم وان وقع خلاف ذلك فامرأته طالق فاذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الاذن فتبقى اليمين ما بقي عدم الاذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وتنتهي بعد الغاية لانها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه واذنه اما ان حتى غاية فظاهر واما ان الا ان غاية فلان به ينتهي منع الكلام فشابهت الغاية اذ كانت الغاية منتهى فاطلق عليها اسمها وتشبه بقوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم اي الى موتهم وقيل هي استثناء على حالها فيه شيء وهو ان تقدير الاستثناء فيها انما يكون من الاوقات او من الاحوال على معنى امرأته طالق في جميع الاوقات والاحوال الا وقت قدوم فلان او اذنه والا حال قدومه او اذنه بتقدير مضاف الى المصدر المتسبك من ان يقدم وان ياذن فان تقدير الا ان ياذن الا اذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الاذن والقدوم فيقتضي انه لو كلمه بعد القدوم او الاذن حنث لانه لم يخرج من اوقات وقوع الطلاق الا ذلك الوقت وهو غير الواقع ثم اورد ان الا ان شرط لا غاية لانها شرط في قول امرأته طالق الا ان يقدم زيد فان المعنى ان لم يقدم زيد واجيب بانها انما تكون للغاية فيما يحتمل التاقيت والطلاق مما لا يحتمله يعني فتكون فيه الشرط انتهى وهذا يؤيد ما تقدم من ان الكلام مما يمتد لانه اشترط هنا بخلاف ما ذكر المصنف ولما كان مظنة ان يعترض بان الشرط وهو الا ان يقدم مثبت والمفهوم ان القدوم شرط الطلاق لا عدمه وجه شارح آخر فقال وانما حمل على ان لم يقدم في مسئلة الطلاق لا على ان قدم لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على الوقوع وتحقيقه ان معنى التركيب وقوع الطلاق في الحال مستمرا الى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علما على لا وقوع قبله والتحقيق في ذلك ان الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا ان لم يقدم فحيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه بالقدوم وامكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر المكرر فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصل انت طالق ان لم يقدم فلان فلا يقع الطلاق الا ان يموت فلان قبل ان يقدم او ياذن لانه مطلق كقوله ان لم اطلقك فانت طالق قال تاج الشريعة ومهما امكن المصير الى هذا المجاز يعني الغاية لا يصار الى ذلك المجاز يعني الشرط

وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف رحمه الله لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية يتأبد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد رحمه الله يحنث كالمرأة والصديق قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان بعينها او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر رحمه الله وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر رحمهما الله ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها لكونها قاطعة للشركة بخلاف الاضافة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم

لان في هذا اجراء المجاز في مجرد الاستثناء وفي ذلك اجراؤه في استثناء القدوم لانا نجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم واجراء المجاز في الجزء اولى منه في المجموع **قوله** وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف لان الممنوع منه كلام ينتهي المنع منه شرطا بالاذن والقدوم ولم يبق الاذن ولا القدوم بعد موت من اليه الاذن والقدوم متصور الوجود فلم يبق البر متصور الوجود وبقاء تصور البر شرط لبقاء اليمين الموقتة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد على ما مر وهذه اليمين موقتة بوقت الاذن والقدوم اذ بهما يتمكن من البر اذ يتمكن من الكلام بلا حنث فيسقط بسقوط تصور البر وعند ابي يوسف التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين فاي وقت كلمه فيه يحنث فان قيل لا نسلم عدم تصور البر بموته لانه سبحانه وتعالى قادر على اعادة فلان فيمكن ان يقدم ويأذن فالجواب ان الحيوة المعتادة غير الحيوة المحلوف على اذنه فيها وقدومه وهي الحيوة القائمة حالة الحلف لان تلك عرض تلاشى لا يمكن اعادتها بعينها وان اعيدت الروح فان الحيوة غير الروح لانه امر لازم للروح فيما له روح **قوله** ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا له بعينه انما اراد من ينتسب اليه بالعبودية او امرأة فلان الخ اعلم انه اذا حلف على هجران محل مضاف الى فلان كلا يكلم عبد فلان او زوجته او صديقه او لا يدخل داره او لا يلبس ثوبه او لا يركب فرسه او لا يأكل من طعامه فلا شك ان هذه الاضافة في الكل معرفة لتعيين ما عقد اليمين على هجره سواء كانت اضافة ملك كعبده وداره ودابته او اضافة نسبة اخرى غير الملك كزوجته وصديقه فالاضافة مطلقا لتقييد النسبة وانه اعم من كونها نسبة ملك او غيره فلا يصح جعل اضافة النسبة تقابل اضافة الملك كما فعل المصنف وغيره لانه لا تقابل بين الاعم والاخص الا ان يكون بخصوص عرف اصطلاحي وهو محمل الجعل المذكور للمصنف واذا كانت هذه الاضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك اما ان يقرن به لفظ الاشارة كقوله لا يكلم عبده هذا او زوجته هذه او لا فعلى تقدير عدم الاشارة الظاهر ان الداعي في اليمين كراهته في المضاف اليه والا لعرفه باسمه العلم ثم اعقبه بالاضافة ان عرض اشتراك مثلا الا اكلمه راشدا عبد فلان ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشد او فلانة زوجة فلان كذلك فلما اقتصر على الاضافة ولم يذكر اسمه ولا اشار اليه كان الظاهر انه لمعنى في المضاف اليه وان احتمل ان يهجر بعضا لذاته ايضا كالزوجة والصديق فلا يصار اليه بالاحتمال مع فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الاضافة وقت الفعل وان كان موجودا وقت اليمين ودامت الاضافة الى وقت الفعل او انقطعت ثم وجدت بان باع وطلق ثم استرد ولم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حنث وكذا لو لم تكن له زوجة فاستحدث زوجة ينبغي ان يحنث في قول ابي حنيفة ولو انقطعت النسبة الثابتة التي حينها صحت الاضافة بان باع فلان عبده وداره وثوبه ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمرأة والصديق لا يحنث وكذا اذا لبس الثوب او دخل الدار او ركب الدابة لا يحنث لما قلنا ان اليمين انعقدت باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل والحال انها زائلة عنده وهذا الاصل على قول ابي حنيفة واما عند محمد رحمه الله فاليمين منعقدة في المملوك على الاضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا وفي اضافة النسبة على القائمة وقت اليمين فيتفرع على هذا انه لو طلق زوجته وعادى صديقه واستحدث زوجة وصديقا فكلم المستحدث لا يحنث ولو كلم المتروكة حنث وهذا ما نقله المصنف من الزيادات ووجهه ما جوزناه في اصل ابي حنيفة من انهما يقصدان بالهجر لانفسهما لا لغيرهما فكانت الاضافة لمجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها ووجودها وقت الفعل فيتعلق الحكم اي الهجر بعينه كما في الاشارة فان

قال وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي للمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه

اذا قال زوجة فلان هذه ونحوها مما اضافته اضافة نسبة فالاتفاق انه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سيذكر وجه المذكور في الجامع لابي حنيفة ما تقدم ايضا من ان الظاهر ان الهجر للمضاف اليه بما ذكرنا من الوجه واقل ما في الباب جواز كون هجره لنفسه وان يكون للمضاف اليه وعلى الاول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث بالشك. فظهر بما ذكرنا ان ما ذكره بالنهاية وغيرها من قول الاصل في جنس هذه المسائل انه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك يراعى للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه لا معتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم يوجد وقت الفعل وان كان منسوبا الى الغير لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر لها وقت الفعل ثم وجه الفرق بان في اضافة الملك المحلوف عليه يعني في الملاك المملوك لان هذه الاشياء لا تعادي لعينها وفي اضافة النسبة معنى فيهم لان الاذى يتصور منهم واستشكل بان العبد يتصور منه الاذى واجيب بان ابن سماعة ذكر في نوادره انه يحنث عند ابي حنيفة رح بهذا ووجه الظاهر العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فانه يباع في الاسواق كالحمار والظاهر انه ان كان منه اذى انما يقصد هجران سيده بهجرانه ولا يخفى انه اعني هذا الاصل لا يصح الا لمحمد فقط فاطلاق جعله اصلا لهذه المسائل ليس بصالح لان الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه او انه الاصل لصاحب المذهب وروى ان هشاما اخبر ان محمدا رجع الى قول ابي حنيفة وقال لا يحنث هذا اذا لم يعينه فلم يذكر الاشارة فاما ان عينه فذكر الاشارة بان قال عبد فلان هذا وداره هذه او امرأته هذه وصديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلمه ودخل لم يحنث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره من المرأة والصديق عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد رح وزفر يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك واحمد لان الاضافة في الكل للتعريف كما قدمنا والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف التعريف الآخر ولزم اعتبارها وسقوط الاخرى فاذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الاضافة كما قبله وهما يقولان ان هجران المضاف اذا كان مملوكا ليس لذاته لسقوط اعتباره فتقيد ببقاء النسبة مع الاشارة وعدمها بخلاف غير المملوك فانه لما كان مما يعادي لنفسه كما يعادي لغيره فعند عدم الاشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الاشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه فلا يتقيد الحنث بدوام الاضافة لان كون الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين اي لانه لم يتعين بخلاف ما تقدم وهو اضافة الملك لان الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف اليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحا لان يعادي لنفسه لانه حر متعين اذ لا يعادي المملوك لنفسه وقوله لغت الاضافة ممنوع وانما يلزم لو لم تكن لها فائدة اخرى لكن الواقع ان لها فائدة وهي افادة ان الهجران منوط بنسبته الى المضاف اليه لغيظ منه فيعتبر كل منها الفائدة وقد رجح ابن العز قول محمد وزفر بان العبد وان كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو اراد هجرانه لاجل سيده لم يحتج الى الاشارة فلما اشار اليه بقوله هذا اعلم ان مراده قصده بالهجران قال وكذلك الدار ولكن العبد اظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما في المرأة والصديق انتهى وما ذكر من ان لكل فائدة ففائدة الاشارة التعريف وفائدة الاضافة بيان مناط الهجر وقد يدفع بان الاضافة تستقل بالفائدتين فانها ايضا تعرف الشخص المحلوف على هجره كما يفيد الآخر وجوابه ان الاشارة كما تفيد التعريف يحصل بها التشخيص ايضا وهذا لا يحصل بالاضافة وحدها فانه لو قال عبد فلان انعقدت على كل عبد له وفي قوله عبد فلان هذا لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان ثم ان كانت

ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل **فصل قال** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هَلْ اَتٰى عَلَى الْاِنْسَانِ حِيْنٌ مِّنَ الدَّهْرِ وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تُؤْتِيْٓ اُكُلَهَا كُلَّ حِيْنٍ وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد به غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فيتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه

الاضافة تفيد ان سبب هجر العبد نسبته لسيده لكن الحنث في الايمان لا يثبت بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه لو حلف ليعطين هذا الفقير لم يحنث اذا لم يعط غيره من الفقراء وهذا الخلاف اذا لم تكن له نية اما لو نوى ان لا يدخلها ما دامت لفلان او لا يدخلها وان زالت الاضافة فعلى ما نوى لانه شدد على نفسه في الثاني ونوى محتمل كلامه في الاول وروى شذوذا عن ابي يوسف في دار فلان هذه انه يحنث بعد زوال الاضافة وليس بشيء وعنه ايضا لا يحنث بالدار المتجدد ملكها لان الملك لا يستحدث فيها عادة فانها آخر ما يباع واول ما يشترى عادة فتقيدت اليمين بابقاعه في ملكه وقت الحلف اجيب بان العرف مشترك فان الدار قد تباع وتشترى مرارا فلا يصلح مقيدا وعنه ايضا ان اليمين تتقيد في الكل القائم في ملكه وقت الحلف رواه بشر عنه قال اذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه بخلاف قوله دار الفلان لان قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة والا كان مجملا فلا بد منه من قيام الملك لفلان وقت يمينه وفي قوله دار الفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان تقييد اليمين بما يكون مضافا الى فلان وقت السكنى ثم في الحلف لا يسكن دار الفلان لا يحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وان قل نصيب غيره وفي بعض الشروح لا اتزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التي تولد بعد اليمين بالاجماع وهو مشكل فانها اضافة نسبة فينبغي ان ينعقد على الموجودة حال التزوج لا جرم ان في التفاريق عن ابي يوسف ان تزوجت بنت فلان او امته انه على الموجود والحادث **قوله** وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث بالاجماع لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما لو اشار اليه اي الى صاحب الطيلسان بان قال لا اكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان ابدلوا التاء طاء من لباس العجم مدور اسود لحمته وسداه صوف **قوله** ولو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لان الحكم متعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو ولا تتقيد بشبيبته واورد عليه انه نقض بما لو حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحنث مع ان الصفة في الحاضر لغو واجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ يعني ان الصفة تعتبر في الحاضر اذا كانت داعية وصفة الرطبية مما يدعو بعض الناس الى الحلف على تركه فيتقيد به بخلاف الشبيبة هنا فانها ليست بداعية على ما تقدم وفي الوجيز لبرهان الدين محمود البخاري حلف لا يكلم صبيا او غلاما او شابا او كهلا فالكلام في معرفة هؤلاء في ثلث مواضع في اللغة والشرع والعرف اما اللغة قالوا الصبي يسمى غلاما الى تسع عشرة ومن تسع عشرة شاب الى اربع وثلثين ومن اربع وثلثين كهل الى احد وخمسين ومن احد وخمسين شيخ الى آخر عمره اما الشرع فالغلام من لم يبلغ وحد البلوغ معلوم فاذا بلغ صار شابا وفتى وعن ابي يوسف ان من ثلاث وثلثين الكهولة فاذا بلغ خمسين فهو شيخ قال الفقيه وروي قال ابو يوسف الشاب من خمس عشرة الى خمسين سنة الا ان يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلثين الى آخر عمره والشيخ فيما زاد على الخمسين وكان يقول قبل هذا الكهل من عشرين الى مائة سنة واكثر والشيخ من اربعين الى مائة وهذه روايات اخرى والانتشار والمعول عليه ما به الافتاء

فصل في يمين من حلف لا يكلم حينا او زمانا لما كان ما فيه كالتبع لما تقدم ترجمه بالفصل **قوله** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر في النفي كلا اكلمه الحين او حينا والاثبات نحو لاصومن حينا او الحين او الزمان او زمانا كل هذا اذا لم ينو مقدارا معينا من الزمان فان نوى مقدارا صدق لانه نوى حقيقة كلامه لان كلا من الحين والزمان القدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل في كل ذلك ففي القليل قول نابغة الزبياني

الشمط

وكذلك الدهر عندهما وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى وابو حنيفة رح توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال

ست بنت كاني ساد رست فيلة من الرقش في انيابها السم ناقع تناذرها الراقون من سوء سمها تطلقه حينا وحينا تراجع يريد ان السم تارة يخف ألمه وتارة يشتد واما في الكثير فالمفسرون في هل اتى على الانسان حين من الدهر انه اربعون سنة واما في المتوسط فقوله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها وذلك ستة اشهر عن ابن عباس لان من حين يخرج الطلع الى ان يصير رطبا ستة اشهر ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف حملناه على الوسط من ذلك وهو ستة اشهر ولان اليسير لا يقصد بالحلف والا لم يحلف لتحقق الامتناع عنه عادة بلا يمين والمديد وهو اربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لانه في معنى الابد فمريده خارج عن العادة اذ لم يسمع من يقول لا اكلمه اربعين سنة بتعيينها ولو سكت عن الحين ونحوه تأبد فالظاهر انه لم يرد اقل ما يطلق عليه الاسم من الزمان ولا الابد ولا الاربعين فيحكم بالوسط في الاستعمال وهو ما ذكرنا والشافعي يصرفه الى الاقل وهو ساعة وعرفت انه لم يقصد والا ترك ذكره وتحصيل الخلاف والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ زمان كما يقال منذ حين وليس المراد من هذا انه ثبت استعماله لستة اشهر والاربعين سنة والاقل ما يطلق عليه بل انه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط وهو آخر الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وان لم يكن مثله في خصوص المدة فينصرف الى ما سمع متوسطا ثم قيل هذا ان تم في زمان المنكر لم يتم في المعرف بل الظاهر فيه انه للابد كالدهر والعمر وكذا صح الاستثناء منه فلو قال لا اكلمه الزمان الا سنة صح وعهدية الستة اشهر انما يثبت في لفظ الحين وكون الزمان مثله ان اريد في الوضع فمسلم ولا يفيد لان المقصد ان يحمل اللفظ عند عدم المعين لخصوص مدة على المدة التي استعمل فيها وسطا وان اريد في الاستعمال فيحتاج الى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة اشهر من وقت اليمين بخلاف لاصومن حينا او زمانا كان له ان يعين اي ستة اشهر شاء وتقدم الفرق

قوله وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد يعني المنكر ينصرف الى ستة اشهر اذا لم تكن له نية في مقدار من الزمان فان كان عمل به اتفاقا وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احتراز عما ذكر الشيخ ابو المعين من رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة بين قوله دهرا والدهر والصحيح ان المعرف بالاتفاق يصرف الى الابد وانما توقف في المنكر لان استعمالاته لم تثبت على الانحاء الثلاثة المديد والقصير والوسيط فلم يدر ما ذا يقدر وتقديره بالمتيقن وهو اقل ما ينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم يثبت توقيت في زائد عليه فلزم التوقف وقيل انه جاء في الحديث ان الدهر هو الله تعالى في قوله صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فاذا قال لا اكلمه الدهر احتمل ان اليمين مؤبدة والمعنى والله لا اكلمه والله فانك علمت ان حرف القسم يحذف وينتصب الاسم ويحتمل انه اراد المعروف وهو الابد قول الشاعر ؎ هل الدهر الا ليلة ونهارها * والا طلوع الشمس ثم غيارها * فالنكرة وان كانت في الاثبات فهي للعموم اي كل طلوع وكل غروب الخ وعرف انها تستعمل في الاثبات للعموم بقرينة مثل علمت نفس ما احضرت وهذا الوجه يوجب توقفه في المعرف ايضا لان الذي يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره لنفسه رحمنا الله به وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم من قال لا ادري لما لم يدره فقد اقتدى في الفقه بالنعمان في الدهر والخنثى كذلك جوابه ومحل اطفال ووقت ختان والمراد بالاطفال اطفال المشركين على ما قدمنا في الجنائز **فرع** اذا قال لا اكلمه العمر فهو على الابد واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمرا فمرة قال يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة اشهر الا ان ينوي اقل او اكثر **قوله** ولو حلف لا يكلمه اياما

فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها

فهو على ثلثة ايام ذكره في الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق فانه قال واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او اياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كالمعرف قال الاسبيجابي والمذكور في الجامع اصح ووجه المص بقوله لانه اسم جمع اي اسم هو جمع معنى المفرد لا يدرى ذكر امنكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث كما يتناول اكثر منه لكن لا معنى للزائد فلزم المتيقن كما لو حلف لا يشتري عبيدا ولا يتزوج نساء يقع على ثلاثة واورد ان حكاية الاتفاق في المثل المذكورة توجب عدم توقف ابي حنيفة في معنى الدهر لان من لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع وهذا ليس بشئ اذ قوله الدهور الثلاثة مما يراد به ليس فيه تعيين معناه انه ما هو نعم يلزم لكل عاقل نفي ان يراد به الله سبحانه لمكان الجمع ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوما ان حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع الى الغروب وان حلف بعده فهو على ما من وقت حلفه الى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فان كلمه ليلا حنث ولو قال اليوم وقع على بقية يومه ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع او قبله والجواب في الليل مثله في اليوم

قوله ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رح وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والازمنة بالتعريف ينصرف الى عشرة من تلك المعدودات ففي غير الازمنة ظاهر وفي الازمنة يلزمه خمس سنين لان كل زمان ستة اشهر عند عدم النية وقالا في الايام ينصرف الى ايام الاسبوع وفي الشهور الى اثني عشر شهرا وفي الجمع والسنين والدهور والازمنة ينصرف الى جميع العمر وهو الابد وجه قولهما ان اللام للعهد اذا امكن واذا لم يمكن صرفت الى الاستغراق والعهد ثابت في الايام السبعة فانصرفت الايام اليها وفي الشهور شهور السنة فينصرف التعريف اليها ولا عهد في خصوص فيما سواهما فينصرف الى استغراق الجمع والسنين والدهور والازمنة وذلك هو جميع العمر او هي للعهد ايضا فيها فان المعهود بعد ما ذكرنا ليس الا العمر وهو قول المص لانه لا معهود دونه اي دون العمر وحاصله انه استغراق سني العمر وجمعه وله انه جمع معرف باللام فينصرف الى اقصى ما عهد مستعملا فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة وعهديته كذلك فيما اذا وقع مميز العدد وقبله فانه يقال ثلثة ايام فيكون لفظ ايام مرادا بها الثلاثة بيقين وكذا اربعة ايام وخمسة ايام الى عشرة فكانت العشرة منتهى ما قطع بارادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان معهودا من لفظ الجمع بخلاف قوله تع وقطعناهم اثنتي عشرة اسباطا امما وان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فان الجمع هنا وان اريد به يقينا ما يزيد على العشرة لكنه لوجود ذلك مرادا مرة لا يصير معهودا من اللفظ بحيث يصرف اليه متى ذكر بلا معين وكان المعهود ممن استعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستمرا ليس الا العشرة فما دونها والعشرة منتهى ما عهد شائعا ارادته به قطعا فيجب الحمل عليه وبخلاف ما اذا لم يقع مميز العدد نحو وتلك الايام نداولها بين الناس حيث اريد به جميع الايام فان اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق ولا ينكر ان يراد باللام ذلك لكن المقدر انه حيث امكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة والغرض ان الحالف لم يرد شيئا بعينه

[العمر]

ولانه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه

قالوا يجب ان يصرف الى المعهود المستمر وانما اعتبر اقصى المعهود وان كان ما دونه معهودا ايضا لانه كما عهد استعماله مميزا في العشرة عهد فيما دونها لاستغراق اللام فلما كان الاستغراق الذي يحكم به عند عدم العهد انما يثبت لان دخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين غير الاستغراق من المراتب حتى يصرف الى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهذا ايضا كذلك لما انصرف الى المعهود والمعهود كل مرتبة من المراتب التي اولها ثلثة واقصاها عشرة ولا معين كانت الاستغراق المعهود وبهذا التقرير يندفع ما اورده ابن المغرمن قوله وهذا اي كون اقصى ما يراد به العشرة انما يكون عند ذكر العدد وانما لم يذكر المميز الزائد عليه بالجمع بلا ريب فذكر شاهد ذلك قوله تعالى وتلك الايام فدان عدة الشهور فقال وليس في قول الحالف لا اكلمه الشهور اسم العدد فيلا يصح ان يقال انه اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وكذا تلك الايام وانما قلنا انه اندفع لانك علمت ان القصد لتعيين ما عهد مرادا بلفظ الجمع على حد الاستغراق ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم ارادة شي بعينه وكون لفظ ارادته غير ما عهد مستمرا كثيرا لا يوجب نفي ارادته في غيره واما مشاحته الخبازي حيث قال الخبازي اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلاثة حقيقة حالتي الاطلاق واقترانه بالعدد ولما زاد على العشرة عند الاطلاق عن العدد والاسم متى كان للشي في جميع الاحوال كان اثبت مما هو اسم له في حال دون حال فليست لشي فانه دفع كلامه بهذا القول كانه لم يبلغ الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال للعشرة وما دونها حقيقة في حالين ولما فوقها في حالة واحدة وانما قالوا هذا في بعض اسماء الجموع انه يطلق من الثلاثة الى العشرة كما في رهط وذود ونفر الخ ولم يعلم ان الاضافة في قول الخبازي اسم الجمع بيانية والمعنى الاسم الذي هو الجمع ومثل هذا في عبارات جميع اهل الفنون اكثر واشهر من ان يخفى على ناظر في العلم فحاصل كلام الخبازي ان الجمع في العشرة فما دونها اثبت منه فيما زاد عليه لان الاول يراد به في حالتين والثاني في حالة يعني فكان الحمل على ما عهد له في الحالتين عند عدم المعين لازما وحقيقة ما ذكرناه في مبدا التقرير يشرح لك والله الموفق نعم لقائل ان يرجح قولهما في الايام والشهور بان عهديتها اعهد وذلك لان عهدية العشرة انما هو للجمع مطلقا من غير نظر الى مادة خاصة يعني الجمع مطلقا عهد للعشرة فاذا عرض في خصوص مادة من الجموع كالايام عهدية غيره كان اعتبار هذا المعهود اولى وقد عهد في الايام السبعة وفي الشهور الاثني عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين اليهما اولى بخلاف غيرهما من الجموع كالسنين والازمنة فانه لم يعهد في مادتيهما عدد آخر فينصرف الى ما استقر للجمع مطلقا من ارادة العشرة فما دونها فان قيل هذه مغالطة فان السبعة المعهودة نفس الازمنة الخاصة والمسماة بيوم السبت ويوم الاحد الخ والكلام في لفظ ايام اذا اطلق ... منه تلك الازمنة الخاصة السبعة لا شك في عدم ثبوته في الاستعمال اذ لم يثبت كثرة اطلاق لفظ ايام وشهور ويراد يوم السبت والاحد الى الجمعة والمحرم وصفر الى آخرها على الخصوص بل الازمنة الخاصة المسميات متكررة وغير متكررة وغير بالغة السبعة بحسب المرادات للمتكلمين فالجواب منع توقف انصراف اللام الى العهد على تقدم العهد في لفظ النكرة بل اعم من ذلك بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ او لا عنه فانه اذا صار المعنى معهودا باي طريق فرض ثم اطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام انصرف اليه وقد قسم المحققون العهد الى ذكري وعلمي ومثل للثاني بقوله تعالى اذ هما في الغار فان ذات الغار هي المعهود لا من لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه وعلى هذا فيجب جعلهما طائفة من المتاخرين بالعهد الخارجي

ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رحمه الله عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع

اعم مما تقدم ذكره او عهد لغيره كما ذكرنا ونظيره قولنا العام يخص بدلالة العادة فان العادة ليست الا عملا عهد مستمرا ثم يطلق اللفظ الذي يعمها وغيرها فيتقيد بها العهد بها عملا لا لفظا ولا قوة الا بالله قوله ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام على اليقين على ما تقدم وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقد يقال قدم في قصار الغوايت ان الكثرة بالدخول في حد التكرار ومقتضاه ان نظر الى الكثرة بهذا المعنى هنا ان لا يحنث الا بثمانية ايام وانما لم ينظر الى الكثرة من جهة العرف لان العرف مختلف فربما يقال في الستة كثيرة وربما يقال قليلة وكذا العشرة والعشرون فانه يقال باعتبارات ونسب لم تنضبط وصورة المسئلة ان لا نية للقائل في مقدار الكثير ففرع كل على اصله ثم قال ابو اليسر اما بلساننا فلا يجيء هذا الاختلاف بل يصرف الى ايام الجمعة بالاتفاق حتى لو قال لعبده اكر خدمت كني مرا روزها بسيار تو آزاد اذا خدم سبعة ايام يعتق لان في لساننا تستعمل مع جميع الاعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال ابو حنيفة في انتهاء الايام الى العشرة وهذا حسن والله اعلم **فروع** قال اول يوم من آخر هذا الشهر فهو على السادس عشر منه وآخر يوم من اول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق ولو حلف ليفعلن كذا عند رأس الشهر او عند الهلال او اذا اهل الهلال ولا نية له فله الليلة التي فيها ويومها وان نوى الساعة التي اهل فيها صحت نيته لانه حقيقة كلامه وتغليظ عليه ولو قال اول الشهر ولا نية فله من اليوم الاول الى خامس عشره وان قال آخر الشهر فمن سادس عشره الخ او غرة الشهر فالليلة الاول واليوم الاول في العرف وان كان في اللغة للايام الثلاثة او سلخ الشهر فالتاسع والعشرون وان قال صلوة الظهر فله وقت الظهر كله وعند طلوع الشمس من حين تبدو الى ان تبيض وان قال وقت الصحوة فمن حين تبيض الى ان تزول ففي اي وقت فيما بين ذلك فعل بر وان قال المساء فقد تقدم ان المساء مساآن ج لو قال في الشتاء ونحوه فعن محمد رح ان كان عندهم حساب يعرفون بالشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم وان لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام فعلى هذا القياس الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام وقال ابو الليث قال محمد رح ليس عندنا شيء في معرفة الصيف والشتاء انما ترجع فيه الى قول الناس فاذا قالوا باجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك فيعتبر العرف في هذه المسائل وفي الواقعات المختار انه اذا كان الحالف في بلد لهم حساب يعرفون الصيف والشتاء مستمرا ينصرف اليه والا فاول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو وآخره ما يستغني الناس فيه عنهما والفاصل بين الشتاء والصيف اذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف والربيع من آخر الشتاء الى اول الصيف والخريف من آخر الصيف الى اول الشتاء لان معرفة هذا ايسر للناس وقيل اذا كان على الاشجار اوراق وثمار فهو صيف واذا بقي الاوراق دون الثمار فخريف واذا لم يبق عليها اوراق فالشتاء واذا خرجت الاوراق دون الثمار فالربيع وهو اذا خرجت الازهار ولو قال الى وقوع الثلج اراد وقت وقوعه فعلى ذلك فهو الشهر الذي يقال له بالفارسية آذر فان لم يكن له نية او نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذي يحتاج فيه الى كنسه ولا يعتبر بالطير الى الهواء وما لا يستبين على وجه الارض ولو وقع الثلج في بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلده حتى لو كان الحالف في بلدة لا يقع بها ثلج تأبدت اليمين ولو قال الى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين ولو ذكر ليلة القدر وان كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها فعلى السابعة والعشرين من رمضان وبه اخذ الفقيه ابو الليث وان كان يعرف لا ينصرف اليها والخلاف فيه معروف بين علمائنا وان كان حلف في اثناء الشهر لا يحنث عنده

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد له فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رح ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحيوة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا

حتى يجيء مثله من رمضان القابل وعند ابي حنيفة رح حتى يمضي كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على انها في رمضان عند الكل لكنه يقول تتقدم وتتاخر وعندهما في ليلة بعينها لا تتقدم ولا تتاخر لكن لا تعرف

باب اليمين في العتق والطلاق لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعدما تقدم قدمه على ما بعده **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا علق به عتق امته لان بولادة الميت يتحقق الشرط لان الميت ولد حقيقة وهو ظاهر وشرعا حتى انقضى به العدة ويصير نفساء اذا رأت الدم فتحرم الصلوة عليها وتصير به الامة ام ولد وفي الحديث من رواية ابي عبيد عنه عم انه قال في السقط يظل محبنطئا في باب الجنة حتى يدخل ابواه الجنة يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المنتفخ اي ينتفخ بطنه من الامتلاء من الغضب وبلا همز وهو المتغضب المستبطئ للشيء والفعل منها احبنطأ مهموزا واحبنطى مقصورا ومن هذا يؤخذ ان السقط له حكم الولد وكذلك هو في الحكم فلو اسقطت سقطا استبان بعض خلقه طلقت وعتقت ايضا لانه ولد حتى صار الامة به ام ولد ولو لم يستبن شيء من خلقه لا يعتبر وتقدم حكمه في الحيض **قوله** ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه انفا لكن ليس محلا للعتق فمحل اليمين به ولا ينزل الجزاء كما لو قال ان دخلت فانت طالق فابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا يحنث حتى لو رجعت فدخلت لا يقع ولابي حنيفة رح ان الشرط ليس الا الولد الحي هنا بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف الناجز وهو الحرية لا يكون الا في الحي فيتقيد الموصوف بالشرط بالحيوة والا لغى الكلام فكانه قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق للام وحريتها لانه لا يصلح مقيدا للولد بالحي لان الحرية والطلاق واقع وصفا لغيره فلا يلزم تقييده به واورد عليه ما لو قيل ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره ثم عبدا لنفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية بعبد لنفسه واجيب بان المشتري لغيره محل الاعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفا على اجازة مالكه فانحلت اليمين به ثم لم يحتج الى اضمار الملك فيه واما الميت فلا يصح ايجاب العتق به لا موقوفا ولا غيره وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من ان قوله ان دخلت وانت طالق فان الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط ومع هذا لو ابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت فلم يقع بعد ولم يتقيد قوله ان دخلت الدار في عصمتي ونحوه لانها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى لانه لو قال ان تزوجتك فانت طالق صح وتوقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق وفي الايضاح لو قال اول عبد دخل علي فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم عبد حي يعتق الحي ولم يذكر الخلاف والصحيح انه على الاتفاق لان العبودية لا تبقى بعد الموت ولو قال اول عبد املكه فهو حر فاشترى عبدا ونصفا معا عتق التام بخلاف ما لو قال اول كر املكه فهو هدي فملك كرا ونصفا كذلك لم يهد شيئا لان النصف يزاحم كل نصف من الكر لانه مع كل نصف منه كر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الاخر فيكمل العبد بنصفيه ذكره

واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية وان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الآخر اسم لفرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رح حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رح ان الموت معرف فاما الاتصاف بالآخرية من وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به وفائدته تظهر في جريان الارث وعدمه

الشمس التمرتاشي والمرغيناني قوله واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية فيه ولو كان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة فيتقيد عامله وهو الشراء بمعناه فيفيد ان الشراء في حال تفرد المشتري وهو صادق في الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال اول عبد املكه واحدا لا يعتق الثالث لان واحدا يحتمل التفرد في الذات فيكون حالا مؤكدة لان الواقع كونه كذلك في ذاته فلا يعتق لان كلا من الاولين كذلك فانه اول بهذا المعنى فانه في ذاته فرد واحد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث اولا بهذا المعنى ويلزم على هذا انه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل به فيكون مؤسسة فيعتق لانه المنفرد في تعلق الفعل بخلاف الاولين فلا يعتق بالشك وقيل لانه يحتمل ان يكون حالا من العبد وان يكون حالا من المالك اي حال كوني منفردا فلا يعتق بالشك اليه اشار شمس الائمة وقاضي خان قوله وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات المولى لم يعتق لان الآخر فرد لاحق و ان لا سابق لهذا العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق فلم يعتق وهذه المسئلة مع التي تقدمت تحقق ان المعتبر في تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل وفي الاولية عدم تقدم غيره لا وجود آخر متأخر عنه ولا لما يعتق المشتري في قوله اول عبد اشتريه فهو حر اذا لم يشتر بعده غيره ولو اشترى عبدا ثم عبدا في قوله آخر عبد اشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقا لانه فرد لاحق لم يعقبه غيره واختلفوا في وقت عتقه فقال ابو حنيفة يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال ان كان اشتراه في الصحة والا عتق من الثلث وقالا يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سواء اشتراه في الصحة او المرض وجه قولهما ان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده الى الموت فصار كانه قال ان لم اشتر بعدك آخر فانت حر ولو كان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه وكذا اذا كان معناه ولابي حنيفة رح ان الموت معرف للشرط فليس بشرط وانما الشرط اتصافه بالآخرية وقد الصفة حصلت له من وقت الشراء لان هذه الصفة بعرضية الزوال بان يشتري بعده غيره فاذا مات ولم يشتر تبين انه كان آخرا من وقت الشراء فتبين انه عتق من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته ان حضت فانت طالق فرأت الدم لا يحكم بطلاقها في الحال بل حتى يستمر ثلاثة ايام فاذا استمر ظهر انها طلقت حين رأت الدم حيث ظهر ان ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الآخرية انما تثبت بعدم شراء غيره وان العدم لا يتحقق الا بالموت صحيح لكنه لم يجعل الشرط عنده بل آخريته ظهوره الا به فلا يقع عنده مقتصرا الا لو كان هو نفس الشرط فاذا كان المظهر لتحقق الشرط ثبت عنده مستندا وعلى هذا الخلاف اذا قال آخر امرأة اتزوجها طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم اخرى ثم مات يقع عندهما مقتصرا عند الموت ومستندا عنده وفائدته اي فائدة هذا الخلاف تظهر في حرمان الارث وعدمه فعندهما ترث لانه يجعل فارا حيث حكم بطلاقها في آخر نفس من حياته ويلزمه مهر واحد ان كان دخل بها وكذا ان لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح وعليها عدة الوفاة والطلاق عند محمد وعند ابي يوسف رح عدة الطلاق لا غير ولو كان الطلاق رجعيا كان عليها عدة الوفاة وعنده لا ترث لانها طلقت ثلاثا وقت تزوجها حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وتعتبر عدة الطلاق وهذا بخلاف قوله ان لم اتزوج عليك فانه اذا مات يقتصر طلاقها على الحال بالاتفاق لانه صرح بكون الشرط عدم التزوج وهو الى ان يموت فبه يتحقق الشرط وليس مثل الاول لان مع آخر جزء من حياته آخر جزء من العدم المجعول شرطا فلم يكن العدم السابق تمام الشرط لانه اذا لم يتم اجزاء الشرط لا يتحقق الشرط بخلاف الآخرية فانها تتم بذلك الشراء الى آخر ما ذكرناه ولو قال آخر امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم اخرى ثم طلق الاولى وتزوجها ثم مات لم تطلق وهي تطلق التي تزوجها مرة لان التي عاد عليها التزوج

ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فارواه

اتصفت بالاولية فلا تتصف بالآخرية كقوله آخر عبد اضربه وضرب عبدا ثم آخر ثم اعاد الضرب على الاول ثم مات عتق الذي ضربه ثانيا لا المعاد عليه

قوله ولو قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين اي متعاقبين عتق الاول منهم فقط لان البشارة انما تحققت منه لانها اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف واما في اللغة فهو ما يغير البشرة سارا او ضارا قال تعالى فبشرهم بعذاب اليم ولكن اذا وقع بما يكره قرن بذكر به الوعيد كما في الآية المذكورة فلو ادعى انه في اللغة ايضا خاص بالمحبوب وما ورد في المكروه فمجاز دفع بمادة اشتقاقه وهي البشرة فانها تفيد ان لذلك الخبر اثرا في البشرة ولا شك ان الاخبار بما يخافه الانسان يوجب تغير بشرته في المشاهد المعروف كما تتغير بالمحبوب الا ان على العرف بناء الايمان فان بشروه معا عتقوا لان البشارة تحققت من الكل قال تعالى فبشرناه بغلام عليم فنسبها الى جماعة فحقيقته تتحقق بالاولية من فرد او اكثر واصله ما روي انه عليه السلام مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال عليه السلام من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر رضي الله عنهما بالبشارة فسبق ابو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول متى ذكر بشرني ابو بكر واخبرني عمر ولو كان مكان البشارة اخبار بان قال اخبرني والباقي بحاله عتق الكل ثم ان عدي بالباء بان قال ان اخبرتني بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لافادتها الصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى انها انما يتصور لصوقها الاخبار بنفسه يعني بنفس الفرد لفظا وهو الواقع في الكذب في اشتراط الصدق بناء على ان تحقق الالصاق انما يكون بالصاق الاخبار بنفس الواقع بخلاف ما لو قال ان اخبرني فلانا قدم عتق كل من اخبره صدقا او كذبا وقد اورد على اشتراط الصدق في البشارة ان تغير البشرة كما يحصل بالاخبار بالبشارة صدقا كذلك يحصل كذبا واجيب بما ليس يفيد والوجه فيه نقل اللغة والعرف قوله ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان وقوعه كفارة يحتاج الى نية الكفارة وهذه النية تشترط قرانها بعلة العتق وهي اليمين وهذا تساهل فان علة العتق هو قوله هو حر جزء اليمين فان اليمين مجموع التركيب التعليقي واذا كان الشرط ذلك والفرض انه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها فهذا لان العتق وان كان ينزل عند وجود الشرط لكنه انما ينزل بقوله انت حر السابق فاذ العلة اما الشراء فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدي حر بلا نية ثم نوى عن كفارته لا يجزيه لان النية شرط متقدم لا متاخر وانما صحت في الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عنده اذا اشتريته فهو حر من كفارة يميني فاشتراه عتق عنها وكذا لو قال هو حر يوم اشتراه يريد عن كفارتي واورد عليه ان الجزاء المعلق انما ينعقد علة عند الشرط والشراء هو الشرط وقد قرنت النية بالعلة فينبغي ان يقع عنها لقران النية بالعلة والجواب انه لما كان قبل الشرط بعرضية ان يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبرت الاهلية عنده اتفاقا ولو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر اصلا فكذا يجب ان تعتبر النية عنده

قوله وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد وهو قول ابو حنيفة رحمه الله اولا لان العلة للعتق هي القرابة المحرمة لا شراء القريب لانها التي ظهرت اثرها في وجوب الصلة كالنفقة وهي المؤثرة في العتق وانما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء او غيره كالهبة والارث واما ان يكون الشراء نفس العلة فلا لانه لاثبات الملك والعتق لازالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه ولنا ان شراء القريب اعتاق لما روى الستة الا البخاري كلهم من حديث سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة رضي

ولو اشترى ام ولده لم تجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق بهذه اليمين خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا

عنه عليه السلام انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه يريد فيشتريه فيعتق هو عند ذلك الشراء وهذا للاجماع على انه لا يحتاج الى اثبات عتقه على اعتاق زائد بعد الشراء ولا شك ان القرابة ظاهرة الاثر فيه شرعا وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من ان المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فارواه فالترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سها فسجد وزنى ماعز فرجم كما بينا في قول وجه زفر وغيره وقد ثبت ان الملك ايضا كذلك بالنص مع انه يشتمل على عين حكمة وذلك ان في ترتيب العتق عليه تحصيلا لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه اياه كالبهائم والامتعة ولمصلحة الصلة وهذه عين حكمة القرابة التي بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جمعنا بينهما واشتهرت عبارتنا القائلة شراء القريب اعتاق غير ان الشراء علة العلة اي علة جزء العلة اي ولما كان الشراء اختياريا اضيف الحكم اليه ولزمت النية عنده فاذا نوى عند الشراء انه يشتريه عن كفارته صح بخلاف اذا ملك الاب وغيره بالارث فانه يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته اذا نواه لانها نية متاخرة عن العتق على ما تقدم بخلاف ما اذا وهب له او اوصى له به او تصدق به عليه فنوى عند القبول ان يعتق عن كفارته فانه يصح لسبقها مختارا في السبب وبما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لان العتق لا يثبت قبل تمام العلة واما المنافاة التي ذكرت في قولهم الشراء يوجب الملك والاعتاق ازالته فهو بناء على ظاهر اللفظ وقولنا شراء القريب اعتاق وقد علمت انه انما يوجب الملك وملك القريب علة العتق فلا مانع في اليه اضافته الى علته البعيدة والمنافاة انما تثبت لو كان ازالة الملك نفس موجب الشراء اولا بالذات وكان الاليق بهذه المسئلة وما بعدها فصل الكفارة **قوله** ولو اشترى ام ولده لم تجزه عن الكفارة وان نوى عند الشراء كون عتقها عن كفارة يمينه قالوا ومعنى المسئلة ان يكون تزوج امة لغيره فاولدها بالنكاح ثم يقول لها اذا اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط وهو الشراء ولا تجزيه عن الكفارة وانما صورت هكذا لانه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء ام الولد والا فالحاصل ان عتق ام الولد عن الكفارة لا يجزي معلقا ولا منجزا والفرق بين الشراءين مع ان الشراء في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد ان ام الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل اعتاقا من وجه قال عليه السلام اعتقها ولدها فهي قبل الشراء قد عتقت من وجه ولم يكن عتقها بالشراء وتنجيز اعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث في اليمين وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء عتق من وجه بخلاف ما لو قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل اضافة العتق الى الكفارة وقد قارنته النية فكمل الموجب **قوله** ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة اعلم ان التسري هو ان تفعل من السرية وهو اتخاذها سرية والسرية ان كانت من السرور فلانها تسر بهذه الحالة وتسر مولاها او من السر والسيادة فضم سينها على الاصل وان كانت من السر بمعنى الجماع او بمعنى ضد الجهر فانها قد تخفى على الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قالوا دهري بالضم في النسبة الى الدهر وفي النسبة الى السهل من الارض سهلي بالضم والفعل منه بحسب اعتبار مصدره فان اعتبر التسري قيل التسري بابدال الراء الثالثة لتحركها وانفتاح ما قبلها وان اعتبر التسرر قيل تسرر وكان القياس ان لا يقال الا التسري في المصدرين لانه اتخاذ السرية لكن لوحظ فيه اصل السرية وهو السرر او السر فاستعمل مرة بابدال الياء راء وخصت لانها هي الاصل ومنه ما ذكره ابن الاثير عن عائشة وسئلت عن المتعة لا نجد

ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا

في كتاب الله تعالى الا النكاح والاستبراء والقياس الاستسراء بهمزة هي بدل الياء الواقعة طرفا بعد الف ساكنة كهمزة كساء ومعنى التسري عند ابي حنيفة ومحمد ان يحصن امته ويعدها للجماع افضى اليها بمائه او عزل عنها وعند ابي يوسف ونقل عن الشافعي رحمه الله ان لا يعزل ماءه مع ذلك فعرف انه لو وطي امة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه لنا ان مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور او ما يرجع الى الجماع او غير ذلك لا يقتضي الانزال فيها لان الجماع والسرور وكل منها يتحقق دونه فاخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف في التسري تحصينها لطلب الولد دائما ممنوع بل العرف مشترك في المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير ان تلد له اذا عرف هذا فاعلم انه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث ذكره القدوري في التجريد عن ابي حنيفة ومحمد رح ولو قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبدا ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت وهي مسئلة الكتاب وهي اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا يعتق عندنا ولا عند احد من الائمة الثلاثة مالك والشافعي واحمد رح وقال زفر يعتق لان التسري لا يصلح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فكانه قال ان ملكت امة فتسريتها فهي حرة وصار كما لو قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا حتى لو تزوجها وطلقها عتق العبد وبيانا انه لو عتقت المشتراة لزم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك وسببه والثاني باطل بالاجماع وهذا لان التسري ليس نفس الملك ولا سببه بل قد يتحقق بعده وقد لا يتحقق فان حقيقته ليس الا الاعداد او تحصينها للجماع فانما يستلزم وجوده وجود الملك سابقا على ابتداء التحصين والاعداد او مقارنا وهذا القدر لا يستلزم احضاره عند التكلم اصلا فضلا عن حضوره ثم تقديره مرادا له ليس لازما بينا له لحصول اللفظ في الذهن بل لازم لوجوده في الخارج واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها لتعقل ما هو ملزومها في الخارج بخلاف ما لو قال ان ملكت امة وتسريتها الخ فانه صرح بجعل الشرط الملك وبخلاف ما قاس عليه من قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر لان عتق عبده القائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط الملك غير ان الشرط مجموع ان تزوجتك ثم طلقتك فعبدي حر بل لاقتضاء شرط الملك غير ان الشرط هناك اذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبده اما ههنا لو ثبت التسري لا يثبت عتق المتسري بها لاحتياجه على امر زائد على مجرد الشرط شرعا وهو كونه نفس الملك او سببه ولهذا ثبت الملك ههنا لضرورة صحة التسري به فقط لان الثابت ضرورة امر لا يتجاوزها ثم لا يثبت عند التسري عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالاعتاق المعلق قبل ملكها الى كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد فظهر ان هذه ليست وزان مسئلتنا وانما وزانها لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلثا ثم تزوجها فطلقها واحدة ونحن نقول في هذه لا تطلق الآخرتين الباقيتين لو طلقها واحدة بعد ان تزوج بها لما ذكرنا من ان شرط الطلاق الواقع بالتطليق المعلق قبل التزوج كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبر اللفظ وان لم يكن مدلولا التزاما لتصحيح الجزاء فيما اذا علم ان غرض اليمين المحل فانه يعرف قصده وجود الشرط او وجود الجزاء كما قدر ابو حنيفة رح لفظ حيا

ومن قال كل مملوك لى حر يعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة فى هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدًا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدًا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطى المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاوليين لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة فى الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احدكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار فى الاوليين لما بينا

فى قوله ان لدت ولدا فهو حر لتصحيح الجزاء العلم بان غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتخفيفها عليها وفيما ليس كذلك بل يعرف ان الغرض منع الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء وحلف التسرى من هذا القبيل وقد يشكل هنا فقيل ان زفر لا يقول بالمقتضى حتى حكم فى قوله اعتق عبدك عنى بالف انه يعتق عن المامور فكيف خالف هذا وحكم باعتباره وتقديره واجيب بانه لا يلزم مناقضة لاصطلاحه لان مناقضته لا تضرنا ومنهم من اجاب بانه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عند فهم معنى التسرى واعترض بان الدلالة لابد فيها من صورة اصل وفرع وعلة حتى قيل هى قياس غير انه لا يفتقر الى اهلية الاجتهاد فى فهم حكم المسكوت فالوجه كون هذا اللفظ فى العرف بمعنى ان وطيت مملوكة لى فكانت الدلالة بطريق العبارة وقد نقلنا فى تحرير الاصول عن فخر الاسلام تفسير الدلالة بمعنى دلالة الالتزام وان لم يرضه هذا والتحقيق ان ليس هذا من المقتضى لان المقتضى ما يكون ثبوته لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل رفع الخطا او شرعا مثل اعتق عبدك عنى وقول القائل تسريت لا يتبادر كذبه فيحتاج فى تصحيحه الى التقدير ازالة للخطا وتصحيحا لما لم يصح ظاهره وهذا على وزان ما قلناه فى ان اكلت بل الحق انه فى اللغة والعرف واحد وهو اعداد المملوكة الخ لا الاعداد الاعم منها ومن المزنى بها فهو مدلول تضمنى من قبيل العبارة قوله ومن قال كل مملوك لى حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة فى هولاء اى اضافة الملك الكامل فى هولاء الى السيد ثابتة رقبة ويدا فدخلوا فيعتقون فدخل الامار والمذكور ولو نوى المذكور فقط صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص فى اللفظ العام ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لانه نوى التخصيص بوصف ليس فى لفظه ذكره ولا عموم الا اللفظ فلا تعمل نيته بخلاف الرجال لان لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لانه تعميم مملوك وهو الذكور وانما يقال للانثى مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة يعنى اذا عمم مملوكه بادخال كل ونحوه يشمل الاناث حقيقة كما ذكر فى جمع المذكر كالمسلمين والواو فى فعلوا على انه عند الحنفية والحنابلة حقيقة فى الكل فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضاء ولو قال لم انو المدبرين ففى رواية يصدق ديانة لا قضاء وفى رواية لا يصدق ديانة ولا قضاء قوله ولا يعتق مكاتبوه يعنى بقوله كل مملوك لى حر وكذا معتق البعض عند ابى حنيفة رح لان الملك فيهم غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطى المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبر فاختلف اضافة الملك اليهم فلابد من ان ينويهم بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغى لو قال كل مرقوق لى حر ان يعتق المكاتبون لان الرق فيهم كامل ولا تعتق ام الولد الا بالنية قوله ومن قال لنسوة هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاوليين لان كلمة او لاحد المذكورين وقد ادخلها بين اوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة منهما والعطف يشرك فى حكم المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز وانما التوقف فى التعيين فصار كما اذا قال احدكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده

باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث فى يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه مما يعتاده

هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير ويتخير فى الاوليين لما بينا ومثله لو قال لفلان على الف او لفلان وفلان كان النصف للثالث وعليه بيان من له النصف الآخر من الاوليين وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الاحد المفهوم من هذه او هذه يصح على هذه الثانية وح لا يلزم الطلاق فى الثالثة لان الترديد ح بين الاولى فقط والثانية والثالثة معا فيلزمه البيان كذلك والله اعلم

باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك من الطلاق والعتاق والضرب

ولما كان الايمان على هذه التصرفات اكثر منها على الصلوة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها والحاصل ان كل باب عقده فوقوعه اقل مما قبله واكثر مما بعده واعلم ان الاصل عندنا ان كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر يستغني الوكيل فيه عن نسبة العقد الى الموكل ولا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المامور لوجوده من المامور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره لذلك وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشتري ولا يؤجر ولا يستاجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذي يستتاب فيه ويحتاج الوكيل الى النسبة الى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا فان الوكيل يقول ادعي لموكلي وكذا الفعل الذي يقتصر اصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث فى شئ من هذه بفعل المامور وكل عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المامور كما يحنث بفعله بنفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج فوكل به او لا يطلق او لا يعتق بمال او بلا مال او لا يكاتب او لا يهب او لا يتصدق او لا يوصي او لا يستقرض او لا يصالح عن دم العمد او لا يودع او لا يقبل الوديعة او لا يعير او لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته الى الآمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فانه يحنث بفعل المامور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار قوله ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد من العاقد لا من الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد اليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن او المثمن والمخاصم بالعيب وبالعين المؤجرة والاجرة ولهذا لو كان العاقد بطريق الوكالة فى هذه هو الحالف لا يبيع الخ يحنث فى يمينه لصدق انه باع واشترى واستاجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعي فى الاظهر وعند مالك واحمد يحنث لان بالامر يصير كانه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق راسه فامر من حلقه له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه حقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما وانما الثابت له حكم العقد الذي هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم الاعلى بخلاف الحلق لان اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بان كان ممن يقدر على ذلك ويفعله وقوله الا ان ينوي ذلك استثناء من قوله لم يحنث يعني فاذا نوى البيع بنفسه او وكيله يحنث ببيع الوكيل او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه فانه يحنث وان لم ينو لان مقصوده من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث بوجود الامر به للعادة وان كان السلطان ربما باشر بنفسه عقد بعض المبيعات ثم لو فعل الآمر بنفسه يحنث ايضا لانعقاده على الاعم من فعله بنفسه

ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المامور ولو قال عنيت ان لا اولى ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الذبح والضرب ففعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء

او بمأموره ولو كان رجلا يباشر بنفسه مرة ويوكل اخرى تعتبر الغلبة وكل فعل لا يعتاده الحالف كائنا من كان كحلفه لا يبني ولا يطين انعقد كذلك **قوله** ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث يعني اذا فعله الوكيل وهو قول مالك واحمد ووجه للشافعية واكثرهم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسبته الى الآمر مجازا ثم انه يحنث عندكم بفعل نفسه كما بفعل المامور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وانتم تابونه قلنا لم يملك اضافته الى نفسه بل لا يستغني عن اضافته الى موكله كانه ناقل عبارته للموكل فانتصاف العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث به الا ترى انه يقال في العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر او حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم احكام هذه العقود نظرا الى الغرض وهو اعم مما يلزم بمباشرته او مباشرة مأموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وفيما بينه وبين الله تعالى يدين ولو خلعها وقال انت طالق بائن حنث ولو آلى منها فمضت المدة حتى بانت حنث عند ابي يوسف لان الايلاء طلاق مؤجل فعند مضيها يقع مضافا الى الزوج وعند زفر لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما دفعا لضررها فلا يكون شرط الحنث موجودا ولو كان عنينا ففرق بينهما بعد المدة لم يحنث في قول زفر وعن ابي يوسف روايتان ولو زوجه فضولي فاجاز بالقول حنث وعن محمد لا يحنث وفي الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الائمة والاصح عندي لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل المجيز بالفعل عاقدا له ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين او قبله ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل او اعتق يحنث لان عبارة الوكيل هنا منقولة اليه **قوله** ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل حنث لان له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره فلملكه اياه انتقل فعل الضرب اليه بواسطة الامر به ثم منفعته راجعة الى الآمر على الخصوص وهو ما يحصل من ادبه وانزجاره فيجعل مباشرا اذ لا حقوق ترجع الى المامور وفرض المسئلة في ضرب عبده احترازا اما لو حلف لا يضرب حرا فانه لا يحنث بالامر به لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره الا ان يكون الحالف سلطانا او قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فملكا الامر به ولو قال عنيت ان لا الي ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام شرعي يوجب اثرا شرعيا في المحل وهو الفرقة والامر بذلك مثل المتكلم به لان المامور به كالرسول ونقل عبارة الرسول كلسان المرسل بالاجماع فاذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق القاضي من حيث انه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل اي فرض ان مقتضياته لا ترجع اليه وهي الحقوق وحقيقة المراد ان الطلاق وما معه لما كان لفظا يثبت عنده اثر شرعي هو المحلوف على تركه حلفه على ان لا توجد الفرقة من جهته وهذا المعنى اعم من ان يتحقق بمباشرته او مباشرة المامور فنيته احدهما خلاف الظاهر اما الذبح والضرب ففعل حسي لا يتوقف تحقق اثره على الامر لان الضرب يثبت مع اثره من الفاعل بلا اذن

ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التادب والتثقف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الايتمار بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي اختصاص العين به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء

فنسبة الفعل الى الامر مجازية باعتبار تسببه فيه فاذا نوى ان لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه بخلاف الكلام المجعول اسبابا شرعية لاثار شرعية لا تثبت تلك الآثار به الا باذن عن ولاية فلما كان للاذن فيها اثر نقلها الى الحالف قالوا وثبوت تصديقه قضاء في ضرب العبد رواية في تصديقه قضاء في الطلاق لان حقيقة كلامه المباشرة فيهما فيصدق في الفصلين وهو قول الشافعي والحق ان الفرق ثابت ولكن تاثيره في اختلاف الحكم غير ظاهر فان كون الفعل يتحقق اثره بلا اذن والقول لا يتحقق اثره الشرعي الا باذن لا يحرم عنده بلزوم الفرق المذكور قوله ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة الى الولد المضروب وهي التادب والتثقف اي التقوم وترك الاعوجاج في الدين والمروة والاخلاق فلم ينسب فعل المامور الى الآمر وان كان يرجع الى الاب ايضا لكن اصل المنافع وحقيقتها انما ترجع الى المتصف بها فلا موجب للنقل واما في عرفنا وعرف عامتنا فانه يقال ضرب فلان اليوم ولده وان لم يباشر ويقول العامي لولده غدا اسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولد ان يضربه فيعد الاب نفسه قد حقق ايعاده ذلك ولم يكذب فمقتضاه ان ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتي ويحنث بفعل المامور

قوله ومن قال ان بعت لك هذا الثوب الخ لا شك انه يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد باعتبار جعل المخاطب مشتريا له فيهما فاللام للاختصاص واما على جعلها فيهما للتعليل اي بعته لاجلك فهي ايضا تفيد الاختصاص على ما ذكره ولكن الوجه الظاهر في الاستعمال انه اذا وليت لام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك هذا كانت للتعليل ووجه افادتها الاختصاص مع انها تصنيف متعلقها المدخولها ومتعلقها الفعل ومدخولها كان المخاطب اي فيفيد ان المخاطب مختص بالفعل وكونه مختصا به يفيد انه لا يستفاد اطلاق فعله الا من جهته وذلك يكون بامره واذا باع بامره كان بيعه اياه من اجله وهي لام التعليل فصار المعقود عليه ان لا يبيعه من اجله فاذا ذاك المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من اجله لان ذلك لا يتصور الا بالعلم بامره ويلزم من هذا كون هذا لا يكون الا في الافعال التي تجري فيها النيابة كالصياغة نحو ان صنعت لك خاتما وكذا ان خط لك وان بنيت لك بيتا بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا للمخاطب سواء كان باذنه او بغير اذنه لان المحلوف عليه لوجد من امره وعدم امره وهو بيع ثوب مختص للمخاطب لان اللام هنا اقرب الى الاسم الذي هو الثوب منه الى الفعل والقرب من اسباب الترجيح فيوجب اضافتها الثوب الى مدخولها على ما سبق مثله ما لو وليت فعلا لا تجري فيه النيابة مثل الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلو قال ان اكلت طعاما او طعاما لك او شربت لك شرابا او شرابا لك او ضربت لك غلاما او غلاما لك او دخلت لك دارا او دارا لك فانه يحنث بدخول دار تختص به المخاطب اي تنسب اليه واكل طعام يملكه سواء كان بامره او بعلمه او دونهما ثم ذكر ظهير الدين ان المراد بالغلام الولد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والدلالة فكان كالاجارة قال تعالى فبشرناه بغلام عليم وقال قاضي خان المراد به العبد المعروف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام الى ما يملك لا الى ما لا يملك قوله ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والغرض ان الملك فيه قائم لان خيار البائع لا يوجب خروج المبيع من ملك البائع فينزل الجزاء لوجود المحل ولو باعه بيعا فاسدا فان كان العبد في يد المشتري مضمونا عليه بان كان مغصوبا

وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا

ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع

لا يعتق كما في البيع الصحيح البات لانه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه الى المشتري قيل وهذه تدل على ان المعلول مع العلة في الخارج وعقيب الشرط فان البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك الشرعي ثبوتا من المشروع الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق ويمكن ان يقال بل انما قارن الاعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لانه بعده ولم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره وعلى هذا ان المعلول عقيب العلة كما هو رأي المصنف وعرف بهذا وجه تقييده المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لانه لو قال

ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق **قوله** وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعني للمشتري يعتق ايضا اما اذا اشتراه شراء فاسدا باتا فان كان في يده مضمونا لانه غصبه عتق لانه صار معتقا ملك نفسه ولو كان شراء صحيحا عتق بطريق الاولى لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه اما على قولهما فظاهر واما على قول ابي حنيفة فلان العتق الواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده وهو لو اشتراه بشرط الخيار واعتقه قبل اسقاط الخيار يعتق ويثبت الملك سابقا له شرطا اقتضائيا وكذا هذا واورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول ابي حنيفة حيث لا يقع به العتق فيما اذا قال ان تزوجت فعبده حر فتزوج نكاحا فاسدا مع ان كلا منهما لا يفيد الملك واجيب بان البيع وان لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الايجاب والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط بخلاف النكاح فانه اذا صح كان على خلاف الدليل اذ الحرية تنفي ورود الملك فكيف اذا كان فاسدا فلا يحكم بانه الشرط الا اذا صح ويمكن ان يقال لا ورود لهذا السؤال فان هذا البيع وان كان بشرط الخيار للمشتري فانه يستعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو التعليق السابق من مشتريه فانه يلزم ان ينزل العتق عند الشراء لانه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصور في النكاح واورد منع كون المعلق كالمنجز لان المنجز لو لم يثبت عنده الخيار والحكم يتقيد به يلغو والمعلق لا يلزم الغاؤه لان الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل اذ ذاك ولا يلغو واجيب لما امكن ان يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في اثباته وجب اعتباره اذ ذاك والا جاز ان تنفسخ قبل المدة فلا يعتق بخلاف ما اذا اشترى اباه بشرط الخيار لا يعتق الا ان تمضي المدة عند ابي حنيفة لعدم الملك فانه لم يوجد منه تكلم بالاعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره وانما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار والشارع انما علق عتقه في قوله من ملك ذا رحم بالملك بالشراء لا بهما فالايجاب المعلق صار حرا

عند الشرط وصار قائلا انت حر فينفسخ الخيار ضرورة **قوله** ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر تدبيرا مطلقا طلقت لان الشرط وهو عدم بيعه قد تحقق لوقوع الياس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير فصار كما لو علق طلاقها بعدم مسمات او بات العبد فانها تطلق لوقوع الياس واورد عليه منع وقوع الياس في العتق مطلقا اما في الامة فيجوز ان ترتد بعد العتق فتسبى فيملكها هذا الحالف فيبيعها وفي التدبير مطلقا لجواز ان يقضي القاضي ببيع المدبر

واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف رح انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قال ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهرق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ماثور عن علي رض ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شيء عليه لان التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف

من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال والصحيح انها تطلق لان ما فرض من الامور الموهومة الوقوع فلا يعتبر ولان الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك واجيب ايضا عن المدبر فان بيعه بيع قن لانفساخ التدبير بالقضاء فيعتق ولا فرق بين كون العبد ذميا او مسلما ويجري اختلاف المشايخ فيه والتصحيح

قوله واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وان قال نويت غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق في القضاء وهي مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافا وذكروا عن ابي يوسف في شروح الجامع الصغير انها لا تطلق واختاره شمس الائمة وكثير من المشايخ لان الكلام خرج جوابا فينطبق على السوال فكانه قال كل امرأة لي غيرك طالق دلالة لان غرضه ارضاؤها وما لا ايحاشها وجه ظاهر الرواية ان اللفظ عام ولا مخصص متيقن لانه ان كان فهو غرضه ارضاؤها وجاز كون غرضه ايحاشها لاعتراضها عليه فيما احل الله له فكان محتمل الكل من الامرين فالحكم بمعين تحكم ولانه زاد على قدر الجواب اذ يكفيه ان يقول ان كنت فعلت ذلك فهي طالق فلما لم يقتصر جعل مبتديا تحرزا عن الالغاء فروع قال لي اليك حاجة اتقضيها فقال نعم وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق فقال حاجتي ان تطلق زوجتك ثلاثا فان لا يصدق لانه متهم ولو حلف ليطيعنه في كل ما يامره به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا اذا كان مما يدل على قصده الى ذلك عند ابي حنيفة على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون النهي عن الاكل والشرب حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليها طلاق بمضي مدة الايلاء يحنث لا بما لا يضاف اليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا باجازة خلع الفضولي بالفعل ويحنث لو اجازه بالقول قال امرأته طالق ثلاثا ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان انه دخلها اليوم فقال عبده حر ان كانا راياني دخلت لم يعتق عبده بقولهما رأيناه دخل حتى يشهد آخران غيرهما ان اليمين راياه دخل او صحت انها امرأته فحلفت بطلاق زوجة اخرى له ما هي امرأته فاقامت بينة انها امرأته فقال كانت امرأتي فطلقتها قال لا يحنث حلفت ماله علي شيء فشهدا ان له عليه الفا فقضى بها القاضي يحنث في قول ابي يوسف خلافا لمحمد حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند ابي يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهدا انه اقرضه الفا والمسئلة بحالها لا يحنث في قولهما حلف بطلاق ولا يدري حلف بواحدة او اكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحري فان استوى ظنه ياخذ بالاكثر احتياطا قال عمرة طالق الساعة او زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على احدهما حتى تدخل الدار فاذا دخلت احدهما خير في ايقاعه على ايهما شاء ولو اتهمت امرأة بالسرقة فامرت زوجها ان يحلف بطلاقها انها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج ان لا يصدقها لانها صارت متناقضة حلف ان لا يجامع امرأته الف مرة فهي كالحق قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح ولا يحنث في قول محمد والاصل انه يعتبر وجود الولد وقت اليمين عنده وعندهما يعتبر وقت التكلم والله اعلم

باب اليمين في الحج والصوم والصلوة قدمها بعد ما تقدم لانها عبادات فترجح في نفسها فيقتضي ذلك ان تقدم الا ان يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لاهمية التقديم قوله ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة

ولو قال على المشي الى الحرام او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح في قوله على المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت بالاتصال وكذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا

وكذا على المشي الى مكة او بكة بالباء فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما والتقييد بكونه في الكعبة مذكور في الجامع الصغير ليفيد ان وجوب احد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار انه مدلول اللفظ والا لما لانه لا يلزم المشي الا ليصل اليه فاذا كان فيه استحال التسبب لحصوله والحق ان يقال ليس باعتبار انه مدلول اللفظ لان الواقع ان مدلول المشي ليس هو الحج او العمرة بل ولا يستلزمه لجواز ان المشي الى البيت ولا يفعل نسكا اما ابتداء معصية واما بان يقصد مكانا في الحل داخل المواقيت ليس غير فاذا وصل عليه صار حكمه حكم اهله وله بعد ذلك ان يدخل مكة والبيت بلا احرام وهذا لان من الجائز ان يكون في البيت ويوجب المشي اليه مرة اخرى فيلزمه اذا خرج ان يعود كما لو كان في بيت فقال والله لادخلن هذا البيت فان عليه ان يخرج ثم يدخل مرة ثانية ولا باعتبار الحكم لذلك مجازا باعتبار انه سبب الاحرام صونا له عن اللغو لانه ليس لازما له لجواز ان يقصد السير مكانا داخل المواقيت ليس غير كما ذكرنا ولا بالنظر الى الغالب وهو ان الذهاب الى هناك يكون لقصد الاحرام لما عرف من الفاظ الالفاظ وهي ما اذا نذر الذهاب الى مكة كان قال على الذهاب او لله على الذهاب الى مكة والسفر اليها او الركوب اليها او المسير او المضي انه لا يلزمه شيء مع امكان ان يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو بل لانه تعورف ايجاب احد النسكين به فصار فيه مجازا لغويا حقيقة عرفية مثل ما لو قال على حجة او عمرة والا فالقياس كما ذكره المص ان لا يجب بهذا شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة وهي المشي ولا مقصودة في الاصل ولو قيل بل هي واجبة فان المكي اذا قدر على المشي يلزمه الحج ماشيا اجيب بان الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب ان يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلوة والمشي المذكور وكذا السعي الى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركبا ويقدر على المشي الا انه قد يعكر عليه الطواف فانه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره الا ان يراد من جنس المشي الى مكة تو اورد ان الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب اجيب بان شرطه الصوم ومن جنسه واجب وفي توجيهه ان ايجاب المشروط ايجاب الشرط ولا خفاء في بعده وان وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر والكلام الآن في صحته وجوب المتبرع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع المشروط وان استدل بالاجماع او النص المتقدم في حديث نذر عمر رض الاعتكاف في الجاهلية فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه من ظاهره لانهم والشافعي الصحيح ان نذر الكافر ثم قد يقال تحقق الاجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب اهدار اشتراط وجود واجب من جنسه واذا تعارفوه للايجاب صار كقوله على زيارة البيت ماشيا فانه موجب لذلك ولو اراد بيت الله لبعض المساجد لم يلزمه شيء وكذا لا يلزمه بقوله على المشي الى بيت المقدس او مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شيء واورد انه اذا كان كقوله على حجة او عمرة ينبغي ان لا يلزمه المشي لانه لو قال على الحج لا يلزمه والجواب ان الحق ان التقدير على حجة او عمرة ماشيا لان المشي لم يهدر اعتباره شرعا فانه روي عن ابن عباس رض ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى البيت فامرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تركب وتهدي هديا وتهدي هديا رواه ابو داؤد وغيره وسنده حجة وما في صحيح مسلم انه قال لتمش ولتركب فمحمول اما على ذكر بعض المروي وعلى هذا اقتصرنا في كتاب الحج يعني ان محل الاشكال جواز ركوبها ولو اهدت كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له ان يفرق ويتصدق بدلا او فرق لزم استينافه فاقتصر الراوي على ذلك ليفيد دفع ذلك وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر او محمول على حالة

ومن قال عبده حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب بها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا

البحر فان في بعض طرقه وانها لا تطيق ذلك ثم يعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هناك ذيلا طويلا وفروعا جمة وان الراجح ان يلزمه بمشي من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات يعني الخلاف فيما اذا لم يحرم منه هل يلزمه المشي منه او من حيث يحرم فيه من الميقات اما لو احرم من بيته لزمه المشي عنه بالاتفاق واعلم ان في بعض طرق حديث عقبة قال ولتهد بدنة لكنهم اهملوا باطلاق الهدي في الحديث الآخر الثابت في الصحيحين واخرج الحاكم في المستدرك من حديث عمران بن الحصين قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خطبة الا امرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وقال ان من المثلة ان ينذر الرجل ان يحج ماشيا فمن نذر ان يحج ماشيا فليهد هديا وليركب وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه لكن حمل المطلق على المقيد اذا كانا في حادثة واحدة واجب فتجب البدنة ثم المصنف رح ذكر هذا المذهب عن علي رض والمروي عن علي من طريق الشافعي عن ابن علية عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي رض في الرجل يحلف على المشي قال يمشي فان عجز ركب واهدى بدنة رواه عبد الرزاق عن علي بسند صحيح فيمن نذر ان يمشي الى البيت قال يمشي فاذا اعيى ركب واهدى جزورا واخرج نحوه عن ابن عمر رض وابن عباس وقتادة والحسن واما ورود البدنة في خصوص من حديث اخت عقبة بن عامر فاسند ابو يعلى في مسنده زهير حدثنا احمد بن عبد الوارث ثنا همام ثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رض ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تحج ماشيا فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الله عز وجل غني عن نذر اختك لتركب ولتهد بدنة فاما اذا كان الناذر بمكة واراد ان يجعل الاحد الذي لزمه حجا فانه يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى ان يطوف طواف الزيارة كغيره وان اراد اسقاطه بعمرة فعليه ان يخرج الى الحل فيحرم منه وانما اختلفوا في انه يلزمه المشي في ذهابه الى الحل او لا يلزمه الا بعد رجوعه عنه محرما والوجه يقتضي انه يلزمه المشي لا قدمناه في الحج من انه يلزمه المشي من بلدته مع انه ليس محرما منها بل هو ذاهب الى محل الاحرام فيحرم منه اعني المواقيت في الاصح لما قدمنا عن ابي حنيفة لو ان بغداديا قال ان كلمت فلانا فعلي ان احج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه ان يمشي من بغداد ولو قال علي السفر الى بيت الله فقد علمت انه لا يلزمه شئ مع اخواته ومثله الشد والهرولة والسعي الى مكة وكذا علي المشي الى استار الكعبة او باب الكعبة او ميزابها او اسطوانة البيت او الصفا والمروة والى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شئ واختلفوا فيما اذا قال لله علي المشي الى الحرام او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة رح لا يلزمه شئ وقال صاحباه يلزمه احد النسكين والوجه في ذلك ان يحمل على انه تعورف بعد ابي حنيفة رح ايجاب النسك بهما فقالا به كما تعورف بالمشي الى الكعبة ويرتفع الخلاف والا فالوجه الذي ذكر لهما متضائل وهو ان الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة ولو صرح بقوله لله علي المشي الى الكعبة لزمه فكذا الزم المشتمل لان ايجاب اللفظ للتعارف حينئذ فيه وليس عين المشي الى الحرم عينه وهو وجه ابي حنيفة **قوله** ومن قال عبدي حر ان لم احج العام وقال بعد انقضائه حججت واقام العبد شاهدين على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند ابي حنيفة وابو يوسف ولم يذكر قول ابي يوسف مع ابي حنيفة في شرح الجامع الصغير قال صاحب المختلف وكذا لم يذكره الفقيه ابو الليث في مختصر الجامع الصغير

ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى اخر اليوم واليوم صريح في تقديره المدة

وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على امر مشاهد وهو التضحية وكيف لا يقبل ومن ضرورته انتفاء الحج ذلك العام فيتحقق الشرط فيعتق ولهما انها قامت على النفي معنى لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية فان الشهادة على التضحية غير مقبولة لان المدعي وهو العبد لا حق له فيها يطلبه لان العتق لم يعلق بها ولا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة فان قيل لا نسلم انها مطلقا باطلة بل النفي اذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهدا على رجل انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امراته لاحاطة علم الشاهد به اجاب المصنف بقوله غاية الامر ان هذا النفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا تميز بين نفي ونفي في عدم القبول بان يقال النفي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح تيسيرا او دفعا للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي واما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذي هو امر وجودي وصار كشهود الارث اذا قالوا نشهد انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فاما النحر وان كان وجوديا وينفي الحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقي النفي هو المقصود بها واما ما في المبسوط من ان الشهادة على النفي تقبل في الشرط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فشهدا انه لم يدخلها قبلت ويقضي بعتقه وما نحن فيه من قبيل الشروط فاجيب عنه بانها قامت بامر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى انه يرد عليه ان العبد كما لا حق له في التضحية اذ لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعى به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعى به فقول محمد رح اوجه

قوله ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وامسك ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط وهو الصوم الشرعي اذ هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد تمام حقيقته وما زاد على ادنى امساك في وقته تكرار الشرط ولان بمجرد الشروع في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا انزل ابراهيم عزم ذابحا حيث امر السكين في محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على افعال مختلفة كالصلوة ولذا قال فيمن حلف لا يصلي انه قام وقرأ وركع وسجد حنث اذا قطع فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لانه لا يدخل في الوجود تمام حقيقتها قوله ولو حلف لا يصوم يوما او صوما لم يحنث بصوم ساعة بل باتمام اليوم اما في يوما فظاهر وكذا في صوما لانه مطلق فينصرف الى الكامل وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا لو قال لله على صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالاجماع وكذا اذا قال على صلوة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغي ان لا يحنث في الاول الا بيوم لانا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر اثره في غير تحقق الفعل بخلاف الصريح فانه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال فقد اورد عليه

ولو حلف لا يصلي فقام وقرء وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم ووجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني

ما لو قال الآمر من هذا اليوم وكان بعد ان اكل او بعد الزوال او قال الامرأته ان لم تصلي اليوم فانت طالق فحاضت من ساعتها او بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت في الحال مع انه مقرون بذكر اليوم ولا كمال واجيب بان اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والاكل متصور كما في صورة الناسي وكذا الصلوة من الحائض لان درور الدم لا يمنع كما في المستحاضة الا انها لم تشرع مع درور هو حيض ففات شرط ادائه بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم اصلا فلا يتصور بوجه وها تان المسئلتان انما يصلحان مبتدأتين لا موردتين لان كلامنا كان في المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لانه مقيد معرف والمطلقات هي النكرات وهي اسماء الاجناس والا فزيد وعمرو مطلق ولا يقول به احد والمسئلتان مشكلتان على قول ابي حنيفة ومحمد لان التصور شرعا منتف وكونه ممكنا في صورة اخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فانه حيث كان في صورة الحلف مستحيلا شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لانه لم يحلف الا على الصوم والصلوة الشرعيين اما على قول ابي يوسف فظاهر انها ينعقدان ثم يحنث واعلم ان التمرتاشي ذكر انه لو حلف انه لا يصوم فهذا على الجائز لانه لتعظيم الله وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين في الماضي وظاهره اشكل على مسئلة الكتاب فانه حنثه بعد ما قال ثم افطر من يومه لكن مسئلة الكتاب اصح لانها نص محمد في الجامع الصغير **قوله** ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع ثم قطع لم يحنث والقياس يعني على الصوم ان يحنث بالافتتاح وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن افعال مختلفة فما لم يأت بها لا يسمى صلوة يعني لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفي بانتفاء الجزء بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني ولذا قال الفقيه ابو الليث لا فرق بينهما في الحاصل لان ما بعد صوم ساعة تكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلوة ركعة يعني لانه يجتمع فيها تمام الحقيقة ثم قال المصنف فان سجد مع ذلك يعني الركوع وما قبله ثم قطع حنث ويشكل عليه ما ذكر التمرتاشي حلف لا يصلي يقع على الجائز فلا يحنث بالفاسد الا اذا كان اليمين في الماضي اي حلف ما صليت وكان قد صلى فاسدة لان الصلوة الماضية يراد بها الخبر عنها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة اللهم الا ان يراد بالفاسدة ان يكون بغير طهارة ويكون ما في الذخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف لا يصلي فصلى صلوة فاسدة بان صلى بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض قال ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لان الفاسدة صلوة صورة واطلاق الاسم على صورته مجاز جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه لان مع هذا يحنث بالصحيحة ايضا وليس في هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز وانما طريقه انه في الصحيح ما في الفاسدة وزيادة على شرط الحنث ولا يمنع الحنث ولو كان عقد يمينه على الماضي بان قال ان كنت صليت فهي على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين لا اصلي وبين لا اصلي صلوة حيث يحنث بركعة فقال وفي صورة حذف المفعول المنفي فعل الصلوة لكن كون المفعول صلوة وذلك يحصل بالركعة الا انه اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلوة ولكن بعد صحته والانتقاض انما يظهر في حكم نفيه الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا ان المراد من الفاسدة هي التي لم توصف منها شيء بوصف الصحة في وقت بان يكون ابتداء الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما اوردناه في الصوم ويرتفع الاشكال هنالك ايضا واورد ان من اركان الصلوة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب ان لا يحنث بها واجيب بان القعدة موجودة بعد رفع راسه من السجدة وهذا اولى مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشائخ والحق انه

(وإن حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين) لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

(ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك ثوباً فهو هدي فاشترى قطناً فغزلته فنسجته فلبسه فهو هدي عند أبي حنيفة) (وقالا ليس عليه أن يهديه حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف) ومعنى الهدي التصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها

يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في ذلك في مسألة في سجود السهو والأوجه أن لا يتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الأرض ثم لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن والحق أن الأركان الحقيقية هي الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرر وإنما وجبت للختم فلا يعتبر ركناً في حق الحنث (قوله ولو حلف لا يصلي صلاة لم يحنث ما لم يصل ركعتين) لأنها الصلاة المعتبرة شرعاً صلاة ركعتين للنهي عن البتيراء نهياً يمنع الصحة لو فعلت ومن فروع هذه ما في المسألة الذخيرة قال لعبده إن صليت ركعة فأنت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الأولى لأنه في الصورة الأولى ما صلى ركعة لأنها بتيراء بخلاف الثانية وهذه المسألة مذكورة في نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف فقال بعض المتأخرين تبين بهذه أن المذكور في الجامع قول محمد يعني وحده وهو غير لازم فإن المذكور عن أبي يوسف حلف لا يصلي ركعة وصلى الركعة حقيقة دون مجرد الصلاة لا يتحقق إلا بضم أخرى إليها والمذكور في الجامع حلف لا يصلي ولم يقل ركعة والبتيراء تصغير البتراء تأنيث الأبتر وهو في الأصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص وفي البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خافٍ ثم إذا حلف لا يصلي صلاة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والأظهر أنه إن عقد يمينه على مجرد الفعل وهو إذا حلف لا يصلي صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرناه وإن عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتي الفجر ينبغي أن لا يحنث حتى يقعد (فرع) حلف لا يؤم أحداً فصلى فجاء ناس واقتدوا به فقال نويت أن لا أؤم أحداً صدق ديانة لا قضاء إلا أن أشهد أني إنما أصلي لنفسي وكذا لو صلى هذا الحالف الجمعة بالناس ونوى أن يصلي لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحساناً لأن الشرط الجماعة وقد وجدت وحنث قضاء لا ديانة وينبغي إذا أم في صلاة الجنازة أن يكون كالأول إن أشهد صدق فيهما وإلا ففي الديانة ولو قال ما صليت اليوم صلاة يريد في جماعة صحت نيته لأنها مقيدة والمطلق ينصرف إلى الكامل ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة قال محمد لا تسعه النية في هذا بخلاف ما إذا صلى الظهر في السفر ثم قال يعني ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى وفي ما أخرت صلاة عن وقتها وقد كان نام فقضاها اختلفوا والأصح أنه لا يحنث لأنها على أن وقت التذكر وقتها بالحديث فصح أو لا يحنث لأنه لم يخرج الوقت إلا وقد صلى

(باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك) قدمه على الضرب والقتل لأن اللبس أكثر وقوعاً منه لا يفيد خصوص الملبوس أو لأن شرعيته أوسع من شرعية الضرب والقتل والحلي بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام كثُدِيّ وثَدْي (قوله ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك) أي ثوباً من غزلك أي مغزولك فهو هدي فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدي اتفاقاً ولو لم يكن في ملكه قطن أو كتان أو كان فلم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه ففي مسألة الكتاب فعند أبي حنيفة هو هدي وقالا ليس أن يهديه حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف أي وقت الحلف ومعنى الهدي هنا ما يتصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها فإن كان نذر هدي شاة أو بدنة فإنما يخرجه عن العهدة ذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه إهداء قيمته وقيل في إهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره وإن نذر ثوباً جاز التصدق في مكة بعينه أو بقيمته ولو نذر إهداء ما لا ينقل كإهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها وجه قولهما أن النذر إنما ينعقد فيما هو في الملك قال صلى الله عليه وسلم

لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا

لا نذر فيما لا يملك ابن آدم او مضافا الى سبب الملك مثل ان اشتريت كذا فهو هدي او فعلي ان اتصدق به ولم يوجد ذلك فان اللبس المجعول شرطا ليس سببا لملك الملبوس ولا متعلقه الذي هو غزل المرأة سبب لملكه اياه لانه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لان غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه فلا يصح النذر في المشترى من القطن اذا غزل وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج لان العادة ان يشتري القطن في البيت وهي تغزله فيكون المغزول مملوكا له والمعتاد هو المراد بالالفاظ فالتعليق بغزلها هو تعليق بسبب ملكه للثوب كانه قال ان لبست ثوبا ملكته بسبب غزلك قطنه فهو هدي لا حاجة الى تقدير ملك القطن ولا الى الالتفات اليه وان كان في الواقع لا يملك المغزول بالغزل الا اذا كان القطن مملوكا له فح لا فرق بين ان يملك القطن بعد ذلك او في حال الحلف ثم استوضح على ان غزلها سبب عادي لملكه المغزول بقوله ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر بالاتفاق مع ان القطن غير مذكور وما ذاك الا لكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك في المغزول لان معنى كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنده وكون الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه كلما وقع ثبت عنده ملك الزوج في المغزول وبهذا فارق مسئلة التسري حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الى التسري ليس اضافة الى سبب الملك لان الملك لا يثبت عند التسري اثرا له بل هو متقدم عليه وبهذا بطل قول من رجح قول زفر في مسئلة التسري هذا والواجب في ديارنا ان يفتى بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كتان نفسها او قطنها فليس الغزل سببا للملك للمغزول عادة فلا يستقيم جواب ابي حنيفة رح فروع تتعلق باللبس حلف لا يلبس غزلها فلبس فلما بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يده في الكمين ورجلاه بعد في اللحاف حنث حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة ومن حلف لا يلبس ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب يحنث ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث ولو اتزر او ارتدى حنث سوى القميص وغيره بخلاف لا البس قميصا لا يحنث اذا اتزر به او ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد وكذا اذا حلف لا يلبس سراويل فاتزر به او تعمم لا يحنث ولو قال هذا السراويل فاتزر به او تعمم حنث ولو وضعه على عاتقه يريد حمله لا يحنث ولو حلف لا يلبس القباء او قباء فلم يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث وفي هذا القباء يحنث لان في المنكر يعتبر اللبس المعتاد وفي المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس وقال الصدر الشهيد واختار الامام الوالد الحنث في المنكر ايضا لانه يلبس ايضا كذلك ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث وقيل بل يحنث لانه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص وهو الشعار ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الانصار شعار والناس دثار وفي ثوب فلان فوضع قباءه على كتفيه يحنث لا محالة لانه لابس لكن لبس الدثار بخلاف ما اذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس من الثوب فالقي عليه وهو نائم المختار لا يحنث لانه لا لابس فهو كما تقدم اذا حلف لا يدخل فحمل وادخل فلو انتبه فالقاه كما انتبه لا يحنث وان تركه يحنث علم انه الثوب المحلوف عليه او لا وكذا لو القي عليه وهو منتبه ولو حلف لا يلبس سراويل او خفا فادخل احدى رجليه لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالرقع والدروز والعروة ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث اما لو قال ثوبا من غزلها لا يحنث ولو كان فيه رقعة من غزل غيرها حنث وكذا ان كان فيه صلة في كمه او دخريص او علم من غزل غيرها ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس ما خيط منه او ما فيه سلكة منه لا يحنث ولو لبس تكة من غزلها يحنث عند ابي يوسف وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه غلامه وفلان هو المتقبل عليهم فان كان لا يعمل بيده لا يحنث والا حنث لا يلبس خزا او ابريسما لا يحنث الا بثوب كله او لحمته منه لا ما سداه او علمه منه الا ان ينويه لا يلبس هذا القطن ولا نية له انصرف الى الثوب المتخذ منه

ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من
ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث لانه حلي حقيقة
حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد
معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث
لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فينقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على
الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا وان حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير
حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

فلو حشي به ثوبا وهو المضرب لا يحنث وكذا لا يلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب وان نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب
ولا يلبس عين الغزل لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث لا يلبس كتانا فلبس ثوبا فيه كتان وغيره
حنث لا يكسو فلانا فكساه قلنسوة او خفين او جوربين او ارسل اليه ثوبا فلبسه حنث الا ان ينوي كسوته بيده ولو اعطاه دراهم فاشترى
بها ثوبا فلبسه لا يحنث **قوله** ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث عندنا وعند الائمة الثلاثة يحنث لنا انه ليس بحلي عرفا
ولا شرعا بدليل انه ابيح الرجال مع منعهم من التحلي بالذهب والفضة وانما ابيح لهم لقصد التختم لا للزينة فلم يكن حليا كاملا في حقهم
وان كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا في العرف التي هي مبنى الايمان قال المشائخ هذا اذا لم يكن مصوغا
على هيئة خاتم النساء بان كان له فص فان كان حنث لانه لبس النساء وانما يراد به الزينة لا التختم فكمل معنى التحلي به وصار كلبسه سوارا
او خلخالا او قلادة او قرطا او دملجا حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان مما يلبسه النساء
وليس ببعيد لان العرف في خاتم الفضة نفي كونه حليا وان كان زينة ولو كان الخاتم من ذهب حنث مطلقا بفص وبلا فص اتفاقا
قوله ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد او زمرد او ياقوت وبقولهما قالت
الائمة الثلاثة وجه قولهما انه حلي حقيقة فانه يتزين به وسمي به في القرآن قال تعالى وتستخرجوا منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر
هو اللؤلؤ والمرجان وله انه لا يتحلى به في العادة وهو المراد بقوله عرفا الا مرصعا بذهب او فضة ومبنى الايمان على العرف لا على استعمال
القرآني فينصرف الى المرصع فلا يحنث بغيره قال بعض المشائخ قياس قوله انه لا باس ان يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ وقيل هذا
اختلاف عصر وزمان في زمانه كان لا يتحلى به الا مرصعا وفي عرفنا تحلوا بالساذج ويفتى بقولهما لان العرف القائم انه يتحلى به ساذجا كما يتحلى به مرصعا **قوله**
ومن حلف لا ينام على فراش اي فراش معين فانه قال في غير هذا الكتاب على هذا الفراش وبدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فقام
عليه لا يحنث ولو كان نكرة بان حلف لا ينام على فراش حنث لو وضع الفراش على الفراش لانه نام على فراش نكرة ثم اذا نام عليه وفوقه قرام حنث
لان القرام تبع للفراش لانه ساتر رقيق يجعل فوقه كالتي تسمى في عرفنا الملاءة اي الملاءة المجعولة خوف الطراحة واذا كان تبعا لم يتغير وصار
كانه نام على نفس الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقها فراشا آخر فانه لا يحنث اذا نام على الاعلى لانه مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة
الى الاسفل وروي عن ابي يوسف رواية غير ظاهرة عنه انه يحنث لانه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر احدهما تبعا
للآخر وحاصله ان كون الشيء ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضرنا فيه في الفراشين بل كله اصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام
على فراشين وان كان لم يماسه الا الاعلى **قوله** ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على
الارض عرفا فاعتبر العرف كلا من البساط والارض والحصير اصلا ولهذا يقال اجلس على البساط لا تجلس على الحصير وتارة اجلس على الحصير لا تجلس
على الارض فجعل الجالس على احدهما غير جالس على الارض بخلاف ما لو جلس على ذيله حيث يعد جالسا على الارض ويقال جلس فلان على الارض
فيحنث فسره انه حيث كان اللباس تبعا له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلا بل كانه جلس بنفسه على الارض نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه
لا يحنث لارتفاع التبعية ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير او فراش حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس

باب اليمين في القتل والضرب وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيوة في قول العامة

على السرير في العادة كذلك هي على ما يفرش عليه يقال جلس الامير على السرير ولا شك ان فوقه من انواع الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه اي الآخر الاعلى مثل الاول الاسفل فلم يجعل تابعا له في العرف وهذا بالاتفاق وفرق ابو يوسف على تلك الرواية عنه في الفراش بالعرف فانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين وان كان احدهما فوق الآخر بل يقال جلس على سرير فوق سرير وهكذا الحكم في هذا الدكان وهذا السطح اذا حلف لا يجلس على احدهما فبسط عليه وجلس حنث ولو بنى دكانا فوق الدكان او سطحا على السطح اذا حلف لا يجلس على احدهما انقطعت النسبة عن الاسفل فلا يحنث بالجلوس على الاعلى ولذا كرهت الصلوة على سطح الكنيف والاصطبل ولو بنى على ذلك سطحا آخر فصلى عليه لا يكره قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع وفي كافي الحاكم حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها بنعل او خف حنث وان حلف على بساط لم يحنث وان مشى على احجار حنث لانها من الارض

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك من الغسل والكسوة قوله ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة حتى اذا مات فضربه لا يحنث لان الضرب اسم لفعل مؤلم متصل بالبدن او استعمال آلة التاديب في محل قابل للتاديب والايلام والادب لا يتحقق في الميت لانه لا يحس ولذا كان الحق ان الميت المعذب في قبره توضع فيه الحيوة بقدر ما يحس الالم والبنية ليست بشرط عند اهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هي مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحيوة في تلك الاجزاء التي لا ياخذها البصر وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه انما كان بناء على انكار عذاب القبر اما الكن والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الاحساس وقد اورد على اخذ الايلام في تعريف الضرب قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر بضرب الضغث وهي حزمة من ريحان ونحوه ولا ايلام فيه واجيب اولا بمنع عدم الالم في ضرب ايوب عليه السلام بالكلية وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قبضة من الشجر وان سلم فمخصوص بايوب ودفع بانه تمسك به في كتاب الحيل في جواز الحيلة فلم يعتبره وفي الكشاف هذه الرخصة باقية والحق بان البر بضرب بضغث بلا الم اصلا خصوصية لزوجة ايوب عليه السلام ولا ينافي ذلك بقاء شرعية الحيلة في الجملة حتى قلنا اذا حلف ليضربه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه مرة لا يحنث لكن بشرط ان يصيب بدنه كل سوط منها وذلك اما ان يكون باطرافها قائمة او باعراضها مبسوطة والايلام شرط فيه اما عدمه بالكلية فلا ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة يبر ولو ضربه مائة سوط وخفف بحيث لم يتالم به لا يبر لانه ضرب صورة لا معنى ولا بد من معناه ولا يبر الا بان يتالم حتى ان من المشائخ من شرط فيما اذا جمع بين رؤس الاعواد وضرب بها كون عود بحال لو ضرب منفردا به لاوجع المضروب وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشائخ وهو ان لا بد من الالم **فروع** لاضربنك حتى اقتلك هو الضرب الشديد ومثله حتى اتركك لا حي ولا ميت وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك وكذا حتى تبول وعنده ايضا على الضرب الشديد لاضربنك بالسيف حتى تموت ولاضربن ولدك على الارض حتى ينشق نصفين فهو على ان تضرب به الارض ويركله فقط وخلاف هذا ليس بصحيح حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه وكذا بالسوط فلفه بخرقة وضربه حنث ليضربنه بنصل هذا السكين او بزج هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه لم يحنث ولو قال ان لقيتك فلم اضربك فعبدي حر فراه على سطح او من بعيد بحيث لا يتصل اليه ولا يقدر على ضربه لا يحنث قال محمد اذا كان بينه وبين فلان قدر ميل او اكثر ولم يلقه حلف لا يضرب امراته فضرب

وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق وفي الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس
وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا
هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن
حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا

اسمعيلي فاصاب مفرق المراة ببنيه فقصد حنث لا اصابه فرجه لا يحنث لان العبس التعذيب قاصر فلا يفعل تحنث المطلق قوله وكذا الكسوة
اذا حلف لا يكسوه فالقى عليه ثوبا بعد موته يحنث وتقتصر الكسوة على الحياة لاعتبار التمليك في مفهومها ولذا لو قال كسوتك هذا الثوب
كان هبة وقد جعلها الله سبحانه احدى خصال الكفارة والمعتبر فيها فيما سوى الاطعام التمليك والميت ليس اهلا للتمليك لعدم اهليته
وقال الفقيه ابو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغي ان لا يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك الا ان
ينوي به الستر استثناء من قوله فهو على الحياة التي تضمنه التشبيه في قوله وكذلك الكسوة فح يحنث لان الستر يتحقق في حق الميت
اما في الحي فتنعقد يمينه على حالتي الموت والحيوة وذكر ضميره وهو الكسوة على تاويل قوله كسوتك وقيل على تاويل الاكساء ولا وجود له في اللغة
قوله قال وكذلك الكلام يعني اذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحيوة فلو كلمه بعد موته لا يحنث لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه لانه
لا يسمع ولا يفهم واورد انه عم قال لاهل القليب قليب بدر هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر رض اتكلم الموتى يا رسول الله فقال عم والذي
نفسي بيده ما انتم باسمع من هولاء او منهم واجيب بانه غير ثابت يعني من جهة المعنى والا فهو في الصحيح وذلك بسبب ان عائشة ردته
بقوله تعالى وما انت بمسمع من في القبور فانك لا تسمع الموتى وبانه انما قال على وجه الموعظة للاحياء لا لافهام الموتى كما روي عن علي رض
انه قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين اما نساؤكم فنكحت واما اموالكم فقسمت واما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وبانه مخصوص
باولئك تضعيفا للحسرة عليهم لكن يبقى انه روي عنه عم ان الميت ليسمع خفق نعالهم اذا انصرفوا ولينظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح قال
والدخول يعني اذا حلف لا يدخل على فلان يتقيد بالحيوة فلو دخل عليه ميتا لا يحنث لان المراد من الدخول عليه زيارته او خدمته حتى لا يقال
دخل على حائط ولا على دابة والزيارة للميت ليس حقيقة بل انما المزور قبره ولهذا قال عم كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزوروها فلم
من زيارة الموتى قال ولو قال ان غسلتك فعبدي حر انعقد على الحيوة والموت لان الغسل الاسالة والمعنى المراد به التطهير وازالة الوسخ والكل
يتحقق في حالة الموت كالحيوة وفي شرح الطحاوي الاصل ان كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسر يقع على الحيوة دون الممات كالضرب والشتم
والجماع والكسوة والدخول عليه انتهى ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وتقبيله عم عثمان بن مظعون وهو ميت
ما ذريح في الكفن محمول على انه ضرب من الشفقة او التعظيم وقيل اذا انعقد على تقبيل ملتح يحنث او على امرأة لا يحنث وهو على الوجه ولو
لا يغتسل او لا يتوضا او لا يحمله او لا يمسه او لا يلبسه فهو على الحيوة والموت قوله ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث
وكذا لو ربطها او قرصها وعن بعض المشائخ ينبغي ان لا يحنث بذلك لانه لا يتعارفونه ضربا واجيب بما قال به في الكتاب وهو ان الضرب اسم
لفعل مؤلم يتصل بالبدن وهذه الاشياء كذلك وفي المنتقى حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فاصاب وجهه او رماه بحجر او نشابة فاصابه لا
واستشكل بعض الضرب بانها ان تعلق بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع الة التاديب في محل قابل له فيجب ان لا يحنث بالخنق ومد الشعر والعض
لانه لا يتعارف ضربا او بمعناه وهو الايلام فيجب ان يحنث بالرمي بالحجر او بها فيحنث بالضرب مع الايلام ممازحة لكنه لا يحنث وهو انه كما لو ذكره
من ان شرط الحنث يدور على العرف لا على حقيقة الضرب لغة او عرفا مثاله حلف لا يبيع كذا فتشاغل بعد ذلك لا يحنث [illegible]
[illegible] الا ان [illegible] او بالشعر فقيدنا بالشعر وايضا [illegible]

ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز عادة وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيعتبر بمسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قال ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم

لم يوجد عرفا فلا يحنث غير دافع لتفصيل تأمل ثم قال فخر الاسلام وغيره هذا اليمين تحنث اذا كان في الغضب اما اذا فعل في الممازحة ولا يحنث فلو ادماها لكن لا على قصد الادماء بل وقع لخطأ في الممازحة باليد وعن الفقيه ابي الليث انه قال هذا اذا كانت بالعربية اما اذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض والحق ان هذا هو الذي يقتضيه النظر في العربية ايضا الا انه خلاف المذهب

قوله ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث لانه لما علم بموته قبل حلفه والقتل ازالة الحيوة بسبب عادي مخصوص لزم انه عقد يمينه على ازالة اعادة حيوة يحدثها الله تعالى فيه وذلك متصور فينعقد بالاتفاق ثم يحنث في الحال للعجز الحالي المستمر عادة وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه لا محالة على ازالة الحيوة القائمة فيه ولا يتصور ازالة القائمة ولا حيوة قائمة فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف السابق بين ابي يوسف وبينهما فعنده منعقد ويحنث فعليه الكفارة وعند ابي حنيفة ومحمد رح لا كفارة لانه لا حنث اذ لا انعقاد

قوله وليس في تلك المسئلة اي مسئلة الكوز تفصيل بين العلم وعدمه بل الحكم انه لا يحنث عندهما سواء علم ان فيه ماء وقت الحلف او لم يعلم

قوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي حيث قال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف فقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق وعن ابي حنيفة رواية اخرى لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر ووجهه انه لو كان يعلم ان لا ماء في الكوز فحلف ينبغي ان تنعقد يمينه عندهما على ما يحدثه الله تعالى في الكوز وهو متصور ثم العجز الحالي المستمر يوجب حنثه بخلاف ما اذا لم يعلم ان في الكوز ماء لان يمينه انعقدت على ماء في الكوز ولو اوجد الله فيه كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه والله تعالى اعلم بالصواب.

باب اليمين في تقاضي الدراهم التقاضي المطالبة وهو سبب للقضاء وهي مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسئلة وخص الدراهم بالذكر لانها اكثر دورا في المعاملات قوله ومن حلف ليقضين دينه الى قريب او عاجلا فهو ما دون الشهر فان آخره الى الشهر حنث وان قال الى بعيد او آجلا فهو على اكثر من شهر وعلى الشهر ايضا ولكنه قصد الطباق بين قوله ما دون الشهر وما فوقه فلا يحنث الا بالموت اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة او اكثر بلا غاية محدودة الا الموت فان مات لاقل منه لا حنث عليه على مقتضى ما ذكروا وقال الشافعي واحمد ليس في يمين القريب والبعيد تقدير لانه اضافي فكل مدة قريبة بالنسبة الى ما بعدها وبعيدة بالنسبة الى ما دونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر وانما يحكم بحنثه اذا مات قبل ان يقضيه وقلنا هذا وجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الايمان والعرف يعد الشهر بعيدا فانه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فعند الاطلاق وعدم النية يعتبر ذلك فاما اذا نوى بقوله الى قريب والى بعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى بقوله الى قريب او عاجلا سنة او اكثر صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى الآخرة وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه صبحا او عند الهلال ونحوه

قوله ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد فلان بعضها اي بعض الدراهم زيوفا وهي المغشوشة غشا قليلا يحنث بتجويز التجار بها وانما يرده بيت المال او نبهرجة وغشها اكثر من الزيوف يرده من التجار المستقصي ويقبل السهل منهم او مستحقة لم يحنث بذلك سواء رد بدلها في ذلك اليوم او لا لان الزيوف عيب وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكورة في الكتاب غير عربي بل هو من استعمال الفقهاء والعيب لا يعدم الجنس اي جنس الدراهم ولهذا اي ولكون وصف الزيافة لا يعدم اسم الدراهم

وان باعه بها عبدًا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكأنه شرط القبض ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين

لو تجوز بها في الصرف اي لو جعلت بدلا في الصرف بالجياد او جعلت رأس مال السلم صح مع ان الافتراق عن غير قبض مفسد لهما فعرف انما لم يبنت عنها جنس الدراهم فيبر في اليمين بها سواء حلف على القبض او الدفع وكذا قبض الدراهم المستحقة صحيح ولذا لو اجاز المالك قبضها جاز واذا بر في دفع هذه المسمياة الثلاثة فلو رد الزيوف والنبهرجة او استردت المستحقة لا يرتفع البر وان القبض فانما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الانواع عتق فردها مولى المكاتب بسبب انها زيف او نبهرجة او مستحقة لا يرتفع العتق ولو كانت رصاصا او ستوقة حنث اذا انقضى اليوم ولم يرد بدلها دراهم والستوقة المغشوشة غشا زائدا وهو تعريب سه توقه اي ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه لانها ليست من جنس الدراهم حتى لا يجوز بها في الصرف والسلم ولا يعتق المكاتب بادائها فلو ردها المولى ظهر عدم عتق العبد **قوله** وان باعه اي باع الحالف المديون رب الدين الذي حلف ليقضينه اليوم دينه في اليوم المحلوف على قضائه فيه عبدا او قبضه رب الدين بر المديون في يمينه لان قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة وهو ان يثبت في ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لان قبضه لنفسه ليتملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا فكذا هنا بها اذ لا فرق بين الدراهم وغيرها مما يتقاص بها فيبر في يمينه باعطاء العبد قصاصا وهو ان يثبت له في ذمته ثمن العبد وله في ذمته مثلها فيلتقيان قصاصا ثم البر وقضاء الذي يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد او لا حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر في اليمين وانما نص عليه محمد تاكيدا للبيع ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز ان يهلك المبيع قبل القبض ولو كان البيع فاسدا فقبضه فان كانت قيمته تفي بالدين بر والا حنث لانه مضمون بالقيمة هذا اذا حلف المديون وكذا اذا حلف رب الدين فقال ان لم اقبض مالي عليك اليوم او ان لم استوف قال محمد فان وهبها له لم يبر يعني اذا وهب رب الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضائه فقيل لم يبر المديون لان شرط البر القضاء ولم يوجد لعدم المقاصة ولان القضاء فعل المديون والهبة فعل الدائن بالابراء فلا يكون فعل هذا الآخر قال في الفوائد الظهيرية واذا لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات المحلوف عليه يعني تعذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم وتقدم في مسئلة الكوز ان بقاء التصور شرط لبقاء اليمين في اليمين الموقتة وهذه كذلك اذ الكلام هنا في يمين موقتة وان كان في الجامع الصغير لم يذكر اليوم واعترض بعضهم عليه بانه يستلزم ارتفاع النقيضين لان البر نقيض الحنث فلا يرتفعان وهذا غلط لان النقيضين اللذين يجب صدق احدهما دائما هما في الامور الحقيقية كوجود زيد وعدمه اما في الامور الشرعية اذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعي فانما يثبت حكمهما ما دام السبب قائما وما نحن فيه منه فان قيام اليمين سبب لثبوت احد الامرين لا محالة من الحنث او البر شرعا فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبر كما هو قبل اليمين حيث لا بر ولا حنث وجميع ما اورد من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث في مسئلة الكوز وقول الكرخي في هذه المسئلة لم يحنث لا فائدة فيه لان عدم الحنث متفق عليه وانما يفيده لو قال ابر ولم يحنث وكيف يتصور البر وهو لفعل المحلوف عليه ولم يفعل واعلم ان جواب هذه المسئلة اعني مسئلة الهبة مقيد بكون الحلف على يوم بعينه كما اشرنا الى ذلك اما المطلقة بان حلف ليقضين دينه فابراه او وهبه فلا شك انه يحنث الاتفاق لان تصور الشرط ليس بشرط في اليمين المطلقة بل في الابتداء وحين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد مضي

ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقا لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف
التفرق الا يرى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل
الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان
لى الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفى ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناء
بجميع اجزائها وكذلك لو قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء **مسائل متفرقة** واذا حلف لا يفعل كذا تركه
ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفى وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر فى يمينه لان الملتزم فعل واحد
غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باى فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل

ذلك ممن يقدر فيه على القضاء بالبأس من البر بالبتة **قوله** ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث بمجرد قبض
البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه فاذا قبضه حنث لان الشرط اى شرط الحنث قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض المتفرق
الى كل الدين حيث قال لا اقبض دينى وهو اسم لكله فلا يحنث الا بتمامه متفرقا غير انه لو كان التفرق فى مجلس واحد لتعدد الوزن لا يحنث
اذا كان لم يتشاغل بين الوزنين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنات وزنة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل
بعمل آخر لانه به يختلف مجلس القبض على ما عرف ولانه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرته فيجعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى والمسئلة
فى الجامع الكبير موقتة هكذا اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدى حر ان اخذتها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة
ولم يأخذ ما بقى حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه اخذ كل المائة على التفريق ولو قال ان اخذت منها اليوم درهما دون درهم
فاخذ خمسة ولم يأخذ ما بقى حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث اخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد
قوله ومن قال ان كان لى الا مائة فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفى ما زاد عن المائة فيصدق
على الخمسين اذ يصدق ان الخمسين ليس زائدا على المائة واما بالنظر الى اللفظ فلا يصح الا على جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه فان معنى اللفظ ليس
لى مال الا مائة فالمائة مخرجة من نفى المال فاذا قلنا ان المستثنى مسكوت فيكون المائة غير محكوم عليها بانها فى ملكه غير متعرض لها باثبات بوجه
من الوجوه وعلى هذا طائفة من المشايخ واما على جعله مثبتا بطريق الاشارة كما هو قول طائفة اخرى او على ان الاستثناء من النفى اثبات و
هو مختارنا وصرح به المصنف فقال الاستثناء من النفى اثبات فى هذا الكتاب فيحنث لفظا لانه حلف على ان له مائة واما قول المصنف ولان
استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها فظاهره انه وجه مقابل لقوله لان المقصود منه عرفا وهو ان يكون مدلوله ومعلوم ان اخراجها
ليس الا من النفى وحاصله اخراج جميع اجزاء المائة من عدم الملك فلو صح كان الحلف على نفى خمسين من ملكه فكان يحنث فليس المعول عليه
الا وجه العرف بخلاف ما لو ادعى انه اعطى زيدا مائة مثلا فقال زيد لم يعطنى الا خمسين فقال ان كنت اعطيته الا مائة فانه يحنث بالاقل وكذا
اذا اختلف فى قدر الدين فقال لى عليه مائة وقال الآخر خمسون فقال ان كان لى عليه الا مائة فهذا النفى للنقصان لانه قصد بيمينه الرد على المنكر
وفى الجامع الصغير عبده حر ان كنت املك الا خمسين فملك عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على الخمسين ان كان من
جنس مال الزكوة حنث والا لا الا ترى انه لو قال مالى صدقة ينصرف الى مال الزكوة او حلف ما لى مال لا يحنث الا بمال الزكوة وفى خزانة الاكمل
لو قال امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسئلة تأتى ان شاء الله تعالى
مسائل منثورة اى هذه مسائل منثورة فتكون الاشارة لامر حاضر فى الذهن او تأخر وضع الترجمة عن وضع المسائل وكون الاشارة على ظاهرها والظاهر الاول
لان المعتاد تقدم الترجمة فان من عادة المصنفين ان يذكروا ما شذ عن الابواب بهذه الترجمة ونحوها **قوله** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل
فعم الامتناع فى جميع الاوقات المستقبلة ضرورة عموم النفى للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفى فى جميع الاوقات ثابتا وان حلف
ليفعلن كذا بر بالفعل مرة واحدة لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باى فعل فعله سواء كان مكرها فيه او ناسيا اصيلا
او وكيلا عن غيره واذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل وذلك بموت الحالف قبل الفعل فيجب عليه ان يوصى بالكفارة

واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع

اويفوت محل الفعل كما لو حلفت ليضربن زيدا اوليأكلن هذا الرغيف فمات زيد واكل الرغيف قبل اكله فحينئذ هذا اذا كانت اليمين مطلقة كما ارينا فلو كانت مقيدة مثل لاكلته في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلفت في مسئلة الكوز خلافا لابي يوسف فلواكل الرغيف قبل مضي اليوم سقطت اليمين عندهما على ما عرفت ولو مات الحالف قبل مضيه لاحنث عليه ولاكفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لاحمد **قوله** واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل المدينة وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد ومنه دعر العود يدعر بكسر العين في الماضي وفتحها في المضارع اذا فسد فهو على حال ولايته خاصة ولو عزل لايلزمه اخباره بعد ذلك وهو قول الشافعي ورواية عن احمد وهذا التخصيص في الزمان ثبت بدلالة الحال وهو العلم بان المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره او شر غيره بزجره لانه اذا زجر داعرا انزجر داعر آخر كما قال ولكم في القصاص حيوة وهذا يتحقق الا في حال ولايته لانها حال قدرته على ذلك فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية فاذا سقطت اليمين لاتعود ولو عاد الى الولاية وعن ابي يوسف انه يجب عليه اعلامه بعد العزل ايضا وهو قول الشافعي ورواية عن احمد لانه مقيد لاحتمال ان يعاد فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد وفي شرح الكنز ثم ان الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث الا اذا مات هو او المستحلف او عزل لانه لايحنث في اليمين المطلقة الا باليأس الا اذا كانت موقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان انتهى ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعي يوجب التقييد اي بالفور اي فور علمه به وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه اوالكفيل ان لايخرج عن البلد الا باذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع وكذا لاتخرج امراته الا باذنه تقيد بقيام الزوجية فاذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لاتعود اليمين بعودها بخلاف ما لو حلف لاتخرج امراته من الدار فانه لايتقيد به اذ لم يذكر القيد فلا موجب لتقييده بزمان الولاية في الاذن وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال لامراته كل امراة اتزوجها بغير اذنك طالق فطلق امراته طلاقا بائنا او ثلاثا ثم تزوج بغير اذنها طلقت لانه لم يتقيد يمينه ببقاء النكاح لانها انما تتقيد به لو كانت المراة يستفيد ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح **قوله** ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه الاصل ان اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بازاء الايجاب والقبول معا وفي عقود التبرعات بازاء الايجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والنحلى والاقرار والهدية قال زفر هي كالبيع وفي البيع وما معه الاتفاق على انه المجموع فلذا وقع الاتفاق على انه لو قال بعتك امس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت او اجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشتري والمستاجر لان اقراره بالبيع تضمن اقراره بالايجاب والقبول وقوله لم تقبل رجوع عنه وكذا على عدم الحنث اذا حلف لايبيع فاوجب فقط وعلى الحنث اذا حلف ليبيعن اليوم فاوجب فيه فقط ووقع الخلاف في ذلك لو كان بلفظ الهبة عندنا يبر بالايجاب وعنده يحنث استدل المص لزفر بقياسها بالبيع لانه اي عقد الهبة تمليك مثله حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلايكون هو اي عقد الهبة بلا قبول كالايجاب في البيع ثم لايشترط القبض في رواية عنه بل بمجرد ايجاب عن ايجاب الهبة والقبول من الآخر يتم السبب وانما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار وفي رواية اخرى عنه يشترط معه القبض فلايبر حتى يقبض الآخر لان السبب بلا حكم غير معتبر قال المص ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع اي الهبة اسم التبرع فاذا تبرع وجد المسمى فيحنث وانما يراد تمامه سببا للملك الاعلى ما نقل عن بعضهم ان الملك يثبت به قبل القبول

ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به واما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين

الا ان بالرد ينتقض دفعا للضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لانه لا معول على هذا بل لابد من القبول لتمام العقد فكان في احتياجه الى القبول في تمام العقد ووقوعه سببا لملك الآخر كالبيع والحاصل انه انما يتم به ما هو من جهته وهو التمليك وهو بهذا القدر لا يدخل في ملك الآخر وان كان بلا بدل حتى به يظهر رضاه بذلك بلفظه المفيد له وهو كالبيع في هذا القدر وحقيقة الخلاف انما هو في تعيين مسميات شرعية لالفاظ هي لفظ البيع والهبة واخواتها ولا سبيل الى ذلك الا بالنقل او الاستدلال فلما كان عند اطلاق لفظ باع فلان كذا او بعت كذا يفهم منه وقوع الايجاب والقبول حكم بان اسم البيع للمجموع لم يقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك واستدل الاصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس ان الصعب بن جثامة اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالابواء او بودان فرده عليه فلما رأى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم فقد اطلق اسم الاهداء من احد الجانبين فقط لفرض انه رده عليه ووجهه ان قول ابن عباس رضي اهدى اما حكاية قول الصعب بن جثامة رض اهديت لك هذا او حكاية فعل وعلى كل تقدير يفيد ان اسم الهدى يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر اولا واستدل ايضا بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شيء منها بلازم لان غاية ما فيه انه صح ان يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الايجاب بقرينة لقوله فلم يقبل ونحن لا ننكر انه يصح ان يقال عليه فقط كما يقال على المجموع وكونه ظهر في موضع انه استعمل في مجرد الايجاب بقرينة لا يفيد الحكم بانه هو معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة الا ترى انه لو قال بعته هذا الثوب بالف فلم يقبل فلم يكن مخطيا ويكون مستعملا لاسم الكل في الجزء فلو دل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على ان وضع لفظ الهبة لمجرد الايجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على ان البيع لمجرد الايجاب والاثبات واما الاستدلال لقول الصديق لعائشة كنت نحلتك عشرين وسقا من مال الغابة وانك لم تكوني حزتيه فسماه نحلى قبل القبض وانما ينتهض على احدى روايتي زفر انه ماخوذ فيه القبض ايضا ولسنا نصححها بل المعتبر المجموع من الايجاب والقبول والقبض شرط الحكم لا من تمام السبب ومسمى اللفظ واما الوجه القائل ان المقصود من الهبة اظهار السماحة وهو يتم بالايجاب يعني فالظاهر ان الاسم بازاء ما يتم به المقصود من العقد ولا يخفى انه غير لازم اذا كانت اسماء الامور التي لها غايات اسماء لتلك الغايات وايضا فقصد الاظهار للسماحة غير المراد ولا ينبغي حمل فعل جميع العقلاء عليه بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقير الاجنبي وهذا اليق ان يجعل مقصود العقلاء فيجب الحمل عليه وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول الا بمجموع القبول والايجاب واقرب منها انه اسم للتبرع كما ذكر المص والاستدلال عليه بانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وان كان تمام السبب يتوقف على شيء آخر وهو انه جزء السبب ان سلم هذا وعلى هذا الخلاف القرض وعن ابي يوسف ان قبول المستقرض لابد منه فيه لان القرض في حكم المعاوضة فلو قال اقرضني فلان الفا فلم اقبل لا يقبل قوله ونقل عن ابي حنيفة فيه روايتان والابراء يشبه البيع من حيث انه يفيد الملك باللفظ دون قبض والهبة لانه تمليك بلا عوض ولهذا ذكر في الجامع ان في القرض والابراء قياسا واستحسانا وقال الحلواني فيهما كالهبة قيل والاشبه ان يلحق الابراء بالهبة لعدم العوض والقرض بالبيع للعوض واعلم ان الابراء يشبهان يشبه بالاسقاط لان الدين وصف في الذمة لا عين مال الا باعتباره قلنا لا يتوقف على القبول ويشبه بالتمليكات باعتبار ماله الى العين المال حتى جرت احكام المال عليه في باب الزكوة ولهذا قلنا يرتد بالرد ولا يقبل التعليق ولا يقبل التعليق ولا نعلم خلافا في ان الاقراض كالهبة **فرع** حلف لا يوصي بوصية فوهب في مرض الموت لا يحنث وكذا لو اشترى اباه في مرض فعتق عليه ولو حلف ليهبنه اليوم مائة درهم فوهبه مائة له على آخر وامره بقبضها ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب له لا يتمكن من قبضه لانها صارت ملكا للورثة وفي شرح الجامع الكبير للعتابي ان الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام

ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق ولو حلف لا يشترى بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف

لا يشترطوا فيها القبول من الآخر ولو قال لعبدان وهبك فلان منى فانت حر فوهبه منه ان كان العبد فى يد الواهب لا يعتق سلمه اولا وان كان وديعة فى يد الموهوب له ان بدا الواهب فقال وهبتكه لا يعتق قبل اولم يقبل وان بدا الموهوب له فقال هبه منى فقال وهبته منك عتق ولو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه له اجنبى فاجازه الحالف البتة حنث كما رواه ابن سماعة عن محمد ولا يهب عبده لفلان فوهبه له على عوض حنث حلف لا يستدين دينا فتزوج لا يحنث ولو حلف لا يشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشركة هو الابن لا الاب لانه لا ربح للاب فى المال وينعقد يمين نفى الشركة على ما عليه عادات الناس من الشركة فى التجارة دون الاعيان فلو اشتريا عبدا لم يحنث بخلاف مالو قال لا يكون بينى وبينه شركة فى شئ حيث يحنث بخلاف مالو ورثا شيأ لا يحنث لانه لم يشاركه مختارا انما لزمه حكما احب اوكره

قوله ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لم يحنث ويشم هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم فى الماضى هذه هى فى اللغة المشهورة الفصيحة واما شممت اشم بفتح الميم فى الماضى وضمها فى المضارع فقد انكرها بعض اهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدمه وقد نقلها الفراء وغيره وان كانت ليست فصيحة ثم يمين الشم المقصود فان حلف لا يشم طيبا او وجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة الى دماغه وفى المغرب الريحان كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه وقيل فى عرف اهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجرة ذكره فى المبسوط لانه تعالى قال والنجم والشجر يسجدان ثم قال والحب ذو العصف والريحان لان الريحان انما يطلق على ما ينبت من بذره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة لزهره خاصة هذا والذى يجب ان يعول عليه فى ديارنا اهدار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع فهو ريحان الحماحم واما كون الريحان الترنجى منه فيمكن ان لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجى وعندنا يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه الا الحماحم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع

قوله ولو حلف لا يشترى بنفسجا فهو على دهنه دون ورقه فلا يحنث بورقه وذكر الكرخى انه يحنث به ايضا بعموم المجاز وهذا ابتنى على العرف فكان فى عرف اهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به فى ايام الكرخى فقال به واما عرفنا فيجب ان لا ينعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن اصلا كما قال فى الورد والحناء ان اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه فى البنفسج **فروع متفرقة الاصناف** اذا حلف على الدجاج نفيا او اثباتا وكذا الجمل والابل والبعير والجزور والبقر والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر والانثى والتاء للوحدة قال قائلهم لما مررت بدير هند ارقنى صوت الدجاج وضرب بالنواقيس والصوت انما هو للديك وفى الحديث فى خمس من الابل شاة وعن ابى يوسف البقرة لا تتناول الثور وليس بذلك والثور والكبش والديك للذكر والبرذون للعجمى والبقرة لا تتناول الجاموس للعرف حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحدا منهما حنث وان لم يذكر حرف النفى فقال لا افعل كذا وكذا فكذلك يحنث حلف لا ياكل حمصا يجى به فلان فجاء بحمص فطبخ فاكل من مرقه وفيه طعم الحمص حنث ذكرها فى فتاوى قاضى خان وعلى هذا يجب فى مسئلة الحلف لا ياكل لحما فاكل من مرقه انه لا يحنث ان يقيد بما اذا لم تجد طعم اللحم حلف لا يشرب حراما من هذا الجنس فقاء فشرب قيئه لا يحنث قال لعبده اذا سقيت الحمار فانت حر فذهب به فسقاه فلم يشرب عتق لانه سقاه لكن لم يشرب حلف لا يشرب عصيرا فعصر عنقودا فى حلقه لا يحنث ولو عصره فى كفه

وهذا يسمى بانه باثر الشفيع والشراء ينبني عليه

لنحسا وحنث اما لو قال لا يدخل حلقي حنث فيها وفي الفتاوى هذا في عرفهم اما في عرفنا ينبغي ان لا يكون حانثا لان ماء العنب يسمى عصيرا في اول ما يعصر حلف على امرأته لا تسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق وللدار حائط فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها ان تتسور الحائط قال الفقيه وبهذا ناخذ قال الصدر الشهيد فرق بين هذا وبين ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق وقيد ومنع من الخروج فلا يحنث ولو قال لامرأته وهي في بيت والدها ان لم تحضري الليلة فمنعها الوالد من الحضور منعا حسيا حنث قال الصدر الشهيد هذا في فتاوى الفضلي وذكر بعد هذا انه لا يحنث قال والاصح انه يحنث ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل وذلك لان الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر كالاكراه وغيره ولا يجعل المعدوم موجودا وان وجد العذر انتهى يعني وقد اكرهت على السكنى وهو فعل والمكره على الفعل لا يضاف الفعل اليه فلا يحنث فقد صرح بجواب الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل فيمن قال ان لم اخرج من هذه اليوم فقيد الحالف ومنع اياما انه يحنث وهو الصحيح وفي الخلاصة لو قال لامرأته ان سكنت هذه الدار فانت طالق فكان ليلا فهي معذورة حتى تصبح ولو قال الرجل لم يكن معذورا وهو الصحيح الا لخوف لص وغيره وهذا ما سلف الوعد به كل عبد لي حر فله عبد بينه وبين غيره لا يعتق لانصرافه الى التام ومثله لا اكل مما اشتراه فاشتراه مع آخر فصار مشتركا لا يحنث لو اكل منه ويعتق عبد الماذون وان كان عليه دين ولا يعتق عبد عبده الماذون عند ابي حنيفة رض اذا كان عبده مستغرقا كسبه ورقبته بالدين وان نوى المولى عتقهم وان لم يكن عليهم دين ان نواه عتق والا فلا وعند ابي يوسف ان نواه عتق والا فلا كان عليه دين اولا وقال محمد عتقوا جميعا في الاحوال كلها قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيئا فهو حالف فان لم يفعل المخاطب حنث وان اراد به الاستحلاف فهي استحلاف ولا شيء على واحد منهما اذا لم يفعل ولو قال لغيره اقسمت واقسمت بالله عليك لتفعلن كذا او قال اشهد بالله او اشهد عليك او لم يقل عليك فالحالف هو المبتدئ الا ان يكون اراد الاستفهام فلا يمين عليه ايضا ولو قال عليك عهد الله ان فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدئ وان نواه اشترى منا من اللحم فقالت امرأته هو اقل من من وحلفت عليه فقال ان لم يكن منا فانت طالق فانه يطبخ قبل ان يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة حلفت لا ياكل من خبز ختنه فسافر الختن وخلف لامرأته دقيقا فاكل منه حنث لانه باق على ملكه قال الامام القاضي هذا اذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلي من دقيقي بقدر ما يكفيك اما اذا افرز قدرا من الدقيق واعطاها صار ملكا لها فلا يحنث قال في الخلاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل من مال فلان فتناهدا فاكل الحالف لا يحنث لان كلا منهما اكل من مال نفسه في العرف وفيه نظر قال قلت للقاضي الامام لو كان احد الشركاء صبيا لا يجوز ولو كان لكل واحد اكل مال نفسه ينبغي ان يجوز قال نعم واستحسنوا لكن لم يصرح بالخلاف انتهى واقول الفرق ان عدم الحنث لاكل كل من المتناهدين مال نفسه عرفا لا حقيقة وعلى العرف تبتنى الايمان فلم يحنث وعدم جواز التناهد مع الصبي لانه غير اكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي ايضا وفي الخلاصة حلف لا ياكل من خبز فلان فاكل خبزا بينه وبين فلان يحنث وقال في مجموع النوازل لا يحنث لانه اكل حصته ولو قال لا ياكل من مال فلان فمات فلان فهو وارثه فاكل ان لم يكن له وارث سواه او كان فاكل بعد القسمة لا يحنث والا حنث ولو قال رغيف فلان لا يحنث ولو حلف لا ياكل رغيفا لفلان

وقيل في عرفنا تقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق

فاكل رغيفين بينه وبين غيره يحنث في مجموع النوازل وكذا دار بين اختين قال زوج احداهما ان دخلت الا في نصيبك فانت طالق وهي غير مقسومة فدخلت لا يحنث لانها ما دخلت في غير نصيبها ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين غيره لا يحنث ولو حلف لا يزرع ارض فلان فزرع ارضا بينه وبين غيره يحنث لان نصف الارض يسمى ارضا ونصف الدار لا يسمى دارا ولو حلف لا ياكل من حب نخل لفلان فاكل من حب نخل بينه وبينه حنث ولو اشترى بدراهم مشتركة بينهما لم يحنث ولو حلف ياكل من طبيخ فلان فاكل مما طبخه مع غيره حنث ولو حلف لا ياكل من قدر فلان فاكل من قدر طبخها فلان لم يحنث في الاصل لو حلف لا ياكل من طعام اشتراه فلان فاكل من طعام اشتراه مع غيره حنث الا اذا نوى شراءه وحده بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لان الثوب اسم الكل فلا يقع على البعض ومثله لا يدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا اشتراها فلان مع غيره لا يحنث وفي مجموع النوازل امرأة ذهبت طيرا فقال لها زوجها اگر از من دو ايكي تو نخورم فانت طالق فوهبت من آخر فاكل الحالف يحنث وقال صاحب الخلاصة وعلى قياس ما ياتي ينبغي ان لا يحنث صورتها في الفتاوى حلف لا ياكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها ثم وهبه الابن للحالف فاشترى شيئا فاكله لا يحنث قال وهذا اصح من الاول وفي الجامع الصغير لو قال ان اكلت اليوم الا رغيفا وان تغديت الا برغيف فعبدي حر فاكل رغيفا ثم اكل بعده تمرا او فاكهة حنث وفي فتاوى قاضي خان حلف لا ياكل اليوم الا رغيفا فاكل رغيفا مع الخل او الزيت او اللبن لا يكون حانثا لان الاستثناء يقتضي المجانسة في المعنى المطلوب وهذه الاشياء لا تجانس الرغيف في المعنى المطلوب وهو الاكل وهذا خلاف الاول ولو قال ان اكلت اليوم اكثر من رغيف فعبدي حر فهو على الخبز خاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل هذه الخابية التي فيها الزيت فاكل بعضها حنث ولو كان مكان الاكل بيع فباع النصف لا يحنث ولو حلف لا ياكل هذه البيضة لا يحنث حتى ياكل كلها وكذا في البيضتين ولو حلف لا ياكل هذا الشيء كالرغيف مثلا فاكل بعضه قال ابو بكر الاسكاف ان كان شيئا يمكنه ان ياكله كله في عمره لا يحنث باكل بعضه وقال بعضهم اذا اكل البعض مما لا يمكن ان ياكل كله في مجلسه يحنث في يمينه وهو الصحيح قال محمد رح كل شيء ياكله الرجل في مجلس واحد او يشربه في شربة واحدة فالحلف على جميعه لا يحنث لاكل بعضه لكن في الفتاوى للقاضي حلف لا ياكل هذا الرغيف فاكل وبقي منه شيء يسير يحنث فان نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وهل يصدق في القضاء فيه روايتان انتهى وكان المراد ان يترك شيئا قليلا جدا بحيث لا يقال الآن فلان اكل جميع الرغيف لقلة المتروك والا فقد سمعت ما ذكره محمد ونص في غير موضع انه اذا حلف لا ياكل هذا الرغيف لا يحنث باكل البعض وتقدم من المنصوص لو قال هذا الرغيف على حرام حنث باكل لقمة منه قال في فتاوى قاضي خان قال مشائخنا الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف على حرام بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض قال ابراهيم سمعت ابا يوسف رح يقول فيمن قال كلما اكلت اللحم او كلما شربت الماء فلله على ان اتصدق بدرهم فاكل فعليه في كل لقمة من اللحم

لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي التفسير قاض عليه

وفي كل نفس من الماء درهم حلف لايكلم فلانا وفلانا لايحنث حتى يكلمهما الا ان ينوي الحنث باحدهما فيحنث بواحد منهما اما لو قال لااكلمها وقال بالفارسية باين دوكس سخن نگويم ونوى واحدا لايصح نيته ذكره في المحيط قال وينبغي ان يصح لان المثنى يذكر ويراد الواحد فاذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح انتهى فهو مقيد بما اذا كان فيه تغليظ على نفسه ولو قال فلانا او فلانا حنث باحدهما وكذا لو قال فلانا ولا فلانا وفي مجموع النوازل لااكلم فلانا يوما ويومين وثلاثة فهذا على ستة ايام ولو قال لااكلمه لايوما ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة ايام حلف لايشرب من دار فلان فاكل منها شيئا قال محمد بن سلمة يحنث لان المقصود من هذا اليمين الامتناع عن جميع الماكولات وقال غيره لايحنث في يمينه الا ان ينوي جميع الماكولات والمشروبات اما لو قال بالفارسية فلان فتيك في تناول الماكول والمشروب حلف لايغتسل من امرأته عن الجنابة فجامعها ثم جامع اخرى او على العكس يحنث وان لم يغتسل لان اليمين انعقدت على الجماع كناية ولو نوى حقيقة الغسل حنث ايضا اذا اغتسل عنها وعن غيرها يحنث كما لو حلف لايتوضأ من الرعاف فتوضأ من الرعاف وغيره حنث ولو حلف لايحل تكته على امرأته ان اراد لايجامع صح وهو اول وان لم يرده ان فتح سراويله للبول ثم جامعها لايحنث لان فتح سراويله عليها ان يفتح لاجل جماعها وان فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا ينبغي ان يكون حانثا لوجود شرط الحنث ولو حلف لايحل تكته في الغربة فجامع من غير حل التكة ان نوى غير حلها لايحنث وصدق قضاء وان حلف لم ينو يحنث ونحو هذا قوله ان اغتسلت من الحرام فعانق اجنبية فانزل قالوا يرجى ان لايكون حانثا وتكون يمينه على الجماع وعلى هذا الاصل لو حلفت لاتغتسل من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصفار ارجو ان لايحنث قال الفقيه ابو الليث لان قوله كناية عن الجماع واذا كانت مكرهة عليه لايحنث فلو قال لها عند ارادة الجماع لم تمكنيني او لم تدخلي معي في البيت فلم تفعل ثم فعلت بعد ساعة ان كان بعد سكون شهوته حنث والا لا وفي الجامع الكبير حلف لايجامع امرأته فجامعها فيما دون الفرج لايحنث فان قال عنيت فيما دون الفرج يحنث بها ولو قال لامرأته ان فعلت حراما في هذه السنة فانت طالق ثلاثا فهذا على الجماع فان علمته بان فعله مباغيتها بتداخل الفرجين وتعرف انها ليست مملوكة له ولا زوجة لو شهد عندها اربعة على ذلك لانه شهادة على الزنا والزنا لايثبت الا بذلك ولو اقر لها كذا مرة لايسعها المقام معه بان جحد عند الحاكم انه فعل وليس لامرأته بينة حلفته عند الحاكم فان حلف وسعها المقام معه قلت فهذه المسئلة تقيد مسئلة ما اذا علمت انه طلقها ثلاثا يقينا ثم انكر في انه لايمكنه ابدا واذا لم يستطع منعه عنها لها ان تسمه ولو قال بالفارسية اگر تو با كسي حرام كني تو انت طالق فابانها فجامعها في العدة طلقت عندهما لانهما يعتبران عموم اللفظ وابو يوسف يعتبر الغرض فعلى قياس قوله لايحنث فلا تطلق وعليه الفتوى ذكره في الخلاصة وغيرها ولو قال لآخر فعلت فقال لم افعل قال ابو حنيفة ان لم يفعل حلي فوز فعله حنث حلف لايعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه ففي البالغ لايحنث لان معرفة البالغ كذلك ويحنث في الصغير وعليه فرع ما لو ولد لرجل ولد فاخرجه الى جاره ولم يسمه فرآه الجار ثم حلف انه لايعرف هذا الصبي يحنث ولو تزوج امرأة ودخل بها وهو لايدري اسمها فحلف انه لايعرفها لايحنث وكذا لو حلف انه لايعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لايحنث الا ان يعني به معرفة وجهه فيحنث لانه شدد على نفسه ولو حلف لايفعل ما دام فلان في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله ثانيا لايحنث حلفت لاتترك فلانا يفعل كذا الكلام ارادا من هنا

كتاب الحدود

ويدخل فيه قوله لا تفعل لا تخرج لا تمر اطاعة او عصاه والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الحدود

لما اشتمل الايمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة اولاهما الحدود والتي هي عقوبات محضة اندفاعا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود والصوم اوجه لاشتماله على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الايمان المغلب فيها جهة العبادة لكن يكون الترتيب الصلوة ثم الايمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالاجنبي ما يبعد الاخوات المتحدة في الجنس القريب ويوجب الاستعمال الشارع لها كذلك لكنه قال بني الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله الحديث ثم ثم محاسن الحدود اظهر من ان تذكر لباس تكتسب بيان لان الفقيه وغيره يستوي في معرفة انها للامتناع عن الافعال الموجبة للفساد ففي الزنا ضياع الذرية واما انها معنى بسبب اشتباه النسب والايلتزم مون الولد مع ما فيه من تهمة الناس البراء وغيره ولذا ندب جميع الناس الى حضور حده ورجمه وفي باقي الحدود زوال العقل وافساد الاعراض واخذ اموال الناس وقبح هذه الامور مركوز في العقول ولذا لم يبح الاموال والاعراض والزنا والسكر في ملة من الملل وان ابيح الشرب وحين كان فساد هذه الامور عاما كانت الحدود والتي هي مانعة منها حقوق الله على الخصوص فان حقوقه تعالى على الخلوص ابدا تفيد مصالح عامة ولذا قال المص والمقصود من شرعية الانزجار عما يتضرر به العباد والعبارة المشهورة في بيان حكمة شرعيتها الزجر الا انه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المص الى قوله للانزجار الا ان قوله والطهرة ليست باصلية الى آخره اي الطهرة من ذنب بسبب الحد يفيد انه مقصود ايضا من شرعيتها لكنه ليس مقصودا اصليا بل هو تبع لما هو الاصل من الانزجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل في سقوط اثم قبل سببه اصلا بل لم يشرع الا لتلك الحكمة واما ذلك فقول طائفة كثيرة من اهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما في البخاري وغيره ان من اصاب من هذه المعاصي شيئا فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له ومن اصاب منها شيئا فستره الله فهو الى الله ان شاء عفى عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق ذلك اي التقتيل والصلب والنفي لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فاخبر ان جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة اخروية الا من تاب فانها حينئذ تسقط عنه الاخروية بالاجماع للاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد في الدنيا ويجب ان يحمل الحديث على ما اذا تاب في العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر ان ضربه او رجمه يكون معه توبة منه لذوقه مسبب فعله فتقيد به جمعا بين الادلة وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعين بخلاف العكس وانما اراد المص انه لم يشرع للطهرة فارا بعبارة غير جيدة ولذا استدل عليه بشرعيته في حق الكافر ولا طهرة في حقه من الذنب بالحد يعني ان عقوبة الذنب بالحد لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد لم يتحقق في حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من اهلها واما من يقول ان الحد بمجرده يسقط اثم ذلك السبب الخاص الذي حد به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج الى دليل سمعي في ذلك اذ السمع انما يوجب لزوم عقوبة الكفر في حقه لا تضاعف عذاب الكفر عليه فاذا فرض ان الله سبحانه جعل الحد مسقطا لعقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا يضم الى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية اذا حد بها الكافر الا ان يدل دليل سمعي على ذلك هذا واما الاستدلال على عدم كون الحد

قال الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حداً لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر **قال** الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفي بالظاهر

مسقطا بانه يقام عليه وهو كاره فليس للشئ بجواز التكفير بما يصيب الانسان من المكاره والله اعلم ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشائخ انها موانع قبل الفعل زواجر بعده اي العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه

قوله الحد لغة المنع وعليه قول نابغة ذبيان: الا سليمان اذ قال الاله له: قم في البرية فاحددها عن الفند وهو الخطاء في القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره الاعلم في شرح ديوانه وكل مانع شئ فهو حادله وحداد اذا صيغ للمبالغة ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول والسجان حداد لمنعه من الخروج بلاشك وان كان البيت الذي استشهد به لا يفيد وهو قوله يقول لي الحداد وهو يقودني: الى السجن لا تجزع فما بك من باس فانه لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجان لجواز ان يكون غيره ممن يوصله اليه فانه حادله اذ يمنعه من الذهاب الى حال سبيله وللخمار حداد لمنعه الخمر في قول الاعشى: فقمنا ولما يصح ديكنا الى جونة عند حدادها وهو يسمى اهل الاصطلاح المعرف للماهية حداً لمنعه من الدخول والخروج وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي الشرع قال المصنف هو العقوبة المقدرة حقاً لله فلا يسمى القصاص حداً لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشائخ وهذا لان المقصد ربوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من جنس عرك الاذن وغيره على ما سياتي ان شاء الله تعالى هذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر لا يؤخذ القيد الاخير فيسمى القصاص حداً فالحد هو العقوبة المقدرة شرعاً غير ان الحد على هذا قسمان ما يصح فيه العفو وما لا يقبله وعلى الاول الحد مطلقاً لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا انكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على اسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال اتشفع في حد من حدود الله فاما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت والوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده **قوله** الزنا يثبت بالبينة والاقرار ابتدار بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعية عن كتاب الله تعالى بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة اهل الحجاز التي جاء بها القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا ويمد في لغة نجد وعليه قال الفرزدق: ابا طاهر من يزن يعرف زناؤه: ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا: بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من اسماء الخمر قال فالمراد ثبوته عند الحكام اما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسنذكر المصنف تعريف الزنا في باب الوطي الذي يوجب الحد وهناك نتكلم عليه وخص بالبينة والاقرار لنفي ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال ابو ثور ونقل قولا عن الشافعي انه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع اهدر اعتباره بقوله تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة وقول المصنف لانها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والاقرار فانها تثبت بها غير مفتقر الى هذا المعنى وحاصله لا تعذر القطع اكتفي بالظاهر وهو في البينة وفي الاقرار لان الاقرار بسبب الحد يستلحق مضرة في البدن ومعرة في العرض وتوجب نكاية في القلب فلم يكن الاقدام عليه الا مع الصدق

قال فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده

ودفعا لضرر الآخرة على القول بسقوطه بالحد ان لم يثبت وقصدا الى تحقيق النكاية لنفسه اذ ورطته في اسباب سخط الله لينال درجة اهل الكرم **قوله** فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود ليس فيهم امرأة على رجل او امرأة بالزنا ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعي هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج يدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها اولاد صغار وانما كانت اربعا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء واما الحديث الذي ذكره المصنف وهو قوله للذي قذف امرأته بالزنا يعني هلال ابن امية ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك فلم يحفظ على ما ذكروا والذي في البخاري انه عم قال البينة والا فحد في ظهرك نعم اخرجه ابو يعلى في مسنده ثنا مسلم بن ابي مسلم الجرمي ثنا مخلد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن انس بن مالك قال لاول لعان كان في الاسلام ان شريك بن سحما قذفه هلال بن امية بامرأته فرفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عم اربعة شهود والا فحد في ظهرك فالمسئلة وهي اشتراط الاربع قطعية مجمع عليها ثم ذكر ان حكمة اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب اليه فاقتصر عليه لنفي قول من قال ان حكمته ان شهادة الزنا متضمن الشهادة على اثنين وعلى كل واحد يحتاج الى اثنين فلزمت الاربعة اما ان فيه تحقيق معنى الستر فلان الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على اربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فلا يتحقق بذلك الاندراء واما انه مندوب اليه فلما اخرج البخاري عن ابي هريرة عنه عم من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه واخرج ابو داود والنسائي عن عقبة بن عامر عنه عليه السلام قال من راى عورة فسترها كمن احيى موؤدة واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغي ان يكون الشهادة به خلاف الاولى التي مرجعها الى كراهة التنزيه لانها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك وهذا يجب ان يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به اما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصي والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم فاذا ظهر حال الشره في الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب ح بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحدود بخلاف من زل مرة او مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عم لهزال في ماعز لو كنت سترته بثوبك الحديث سياتي كان في مثل ما ذكرنا والله سبحانه اعلم

واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطي جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء

وعلى هذا ذكره في غيبة مجلس القاضي واداء الشهادة تكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها واما ان المختار في الحكم ما ذكره المص فلان شهادة الاثنين كما تكون معتبرة على فعل واحد تكون معتبرة على افعال كثيرة كما لو شهدوا ان هولاء الجماعة قتلوا فلانا ونحوه فالمعول عليه ما ذكره المص قوله واذا شهدوا بالزنا سألهم الحاكم عن خمسة اشياء عن الزنا ما هو وكيفيته واين زنى ومتى زنى وبمن زنى ثم استدل المص على وجوب هذه الاشياء بانه صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط المطلوب شرعا في ذلك وهذا الوجه ليعم الخمسة والسمعي يقتصر على اثنين منها فحاصله الاستدلال على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد فان قيل الكلام في استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز فالجواب ان علة استفساره بعينها ثابتة في الشهود كما ستسمع فوجب استفسارهم اما انه استفسره عن الكيفية ففيما اخرج ابو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن ابي هريرة قال جاء الاسلمي نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه انه اصاب امرأة حراما اربع مرات كل ذلك يعرض عنه فاقبل في الخامسة فقال انكتها قال نعم حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم قال فهل تدري ما الزنا قال نعم اتيت منها حراما مثل ما ياتي الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال اريد ان تطهرني فامر به فرجم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين من اصحابه يقول احدهما لصاحبه انظر الى هذا الذي ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجليه فقال اين فلان وفلان فقالا نحن ذان يا رسول الله فقال انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار فقالا ومن ياكل من هذا يا رسول الله قال فما نلتما من عرض اخيكما آنفا اشد من اكل منه والذي نفسي بيده انه الآن لفي انهار الجنة ينغمس فيها واما استفساره عن المزنية ففيما اخرجه ابو داود وعن يزيد بن نعيم بن هزال عن ابيه قال كان ماعز بن مالك في حجر ابي فاصاب جارية من الحي فقال له ابي ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بما صنعت لعله ان يستغفر لك فاتاه فقال يا رسول الله اني زنيت فاقم علي كتاب الله فاعرض عنه فعاد حتى قالها اربع مرات فقال عليه السلام انك قد قلتها اربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فامر به ان يرجم فاخرج الى الحرة فلما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن انيس وقد عجز اصحابه فنزع له بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركتموه لعله ان يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه فامر به ان يرجم فرجم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحي بعير فاصاب راسه فقتله واما ان في الاستفسار عن الامور الخمسة الاحتياط فما قال لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه بان ظن مماسة الفرجين حراما زنى او كان يظن ان كل وطي محرم زنى يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا الاحتمال

بوظيف

فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدّلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رح وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى

يسأله عن الزنا ما هو ولانه يحتمل كونه كان مكرها ويرى ان الاكراه عن الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه لما روي عن ابي حنيفة فيشهد به فلهذا يسأله عن كيفيته وفي التحقيق هي حالة تتعلق بالزاني نفسه ثم يحتمل كون المشهود بزناه زنى في دار الحرب وليس فيه حد عندنا فلهذا يسألهم اين زنى ويحتمل كونه في زمان متقادم فلا حد فيه اذ قد ثبت بالبينة او في زمن صبا فلهذا يسألهم متى زنى وحد التقادم سيأتي ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه او كانت جارية او زوجة ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهؤلاء ان ينظروا في بيتي وكانت في بيت احدهم كوة يبدو منها للناظر ما في بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما اتيت الا امرأتي ثم ان الله تعالى درأ عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل في المكحلة وكان مثل الغصن من العبادة فحد عمر رض الثلاثة ولم يحده لانه ما نسب اليه الزنا بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وانفاسا عالية ولحافا يرتفع وينخفض وهو لا يوجب الحد واخرج عبد الرزاق في تفسيره بسنده عن عمر رض ثم سألهم ان يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وابى ابو بكرة ان يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات وعاد مثل النضو من العبادة انتهى فلهذا يسألهم عن المزني بها من هي وقياسه في الشهادة على زنا امرأة ان يسألهم عن الزاني بها من هو فان فيه ايضا الاحتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه كان صبيا او مجنونا بان مكنت احدهما فانه لا يجب عليها في ذلك حد على قول الامام ابي حنيفة رح ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم انهما زنيا لا يحد المشهود عليه ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لانهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكروه زنا ليظهر قذفهم لغير الزاني بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته فانهم يحدون فصار كما لو شهد اربعة فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لانهم يأتون على شهادتهم غير انهم لا يقبلون وعلى هذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا بخلاف ما لو شهد ثلاثة وابى الرابع فان الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة يخرج عن ان يكون قذفا فلما لم يتم بامتناعه بقي كلام الثلاثة قذفا فيحدون ولو شهدوا فسألهم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحد ذا وقع في اصل المبسوط من ان الرابع لو قال اشهد انه زاني فسأل عن صفته فلم يصفه انه يحد حمل على انه قال للقاضي في مجلس من غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة قوله واذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وهي بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر ان يبعث ورقة فيها اسماؤهم واسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية بان يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته وهذا ما وعد المص بيانه في الشهادات حكم بشهادتهم وهو الحكم بوجوب حده وبقي شرط آخر وهو ان يعلم ان الزنا حرام مع ذلك كله ونقل في اشتراط العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها ابو حنيفة في الاموال احتيالا للدرء ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت ايجاب الدرء ما امكن استدل عليه بما رواه ابو يعلى في مسنده من حديث ابي هريرة رض عنه عم ادرؤا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذي من حديث عائشة رض عنه عم قال ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة قال الترمذي لا نعرفه مرفوعا الا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ويزيد ضعيف واسند في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث

قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون
حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى **قال** والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات

ذاهب وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي به قال البيهقي والموقوف اقرب الى الصواب ولا شك ان هذا الحكم وهو درء الحد مجتمع عليه وهو
اقوى وكان ذكر هذه ذكر لمستند الاجماع واعلم ان القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود ولا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه
عن ذلك وهو اقوى من الحاصل له من تعديل المزكي ولولا ما ثبت من اهدار الشرع علمه بالزنا في اقامة الحد بالسمع الذي
ذكرناه لكان يحده بعلمه لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت في تعديل الشهود واهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره **قوله** قال
في الاصل اي قال اذا وصفت الشهود الاشياء المذكورة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا الى ان يسأل عن عدالة الشهود
لانه متهم وقد يهرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرئ
بالشبهات فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر منه في اخذ الكفيل اجاب بان حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير
لانه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين لتعزيرا لهم
جائز بخلاف ما اذا شهدوا في الدين لا يحبس المشهود عليه قبل ظهور عدالة الشهود لان اقصى العقوبات هناك بعد ثبوت
العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز ان يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فان ما كان بعد الثبوت عقوبة اغلظ
وهذا هو الفرق الذي وعده المصنف بقوله وسيأتيك الفرق واما قوله وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة
فاخرج ابو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده معاوية بن حيدة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس
رجلا من تهمة زاد الترمذي والنسائي ثم خلى عنه وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك
قال اقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة وعندها ناس من غطفان معهم ظهر فاصبح الغطفانيون
وقد فقدوا بعيرين من ابلهم فاتهموا الغفاريين فاتوا بهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس احد الغفاريين وقال للآخر اذهب
فالتمس فلم يكن الا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاحد الغفاريين استغفر لي فقال غفر الله لك يا رسول
الله فقال وانت غفر الله لك وقتلك في سبيل الله قال فقتل يوم اليمامة **قوله** والاقرار ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا
اربع مرات فقام الثبوت بالبينة لانه المذكور في القرآن ولان الثابت بها اقوى حتى لا يندفع الشبهة بالفرار ولا بالتقادم ولانها
حجة متعدية والاقرار قاصر ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو اقر الاخرس بالزنا بكتابة او اشارة لا يحد للشبهة بعدم الصراحة
وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال ان يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون انه زنى في حال افاقته بخلاف الاعمى صح اقراره
والشهادة عليه وكذا الخصي والعنين ولو اقر فظهر مجبوبا او اقرت فظهرت رتقاء وذلك بان تخبر النساء بانها رتقاء بطل
الحد وذلك لان اخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بخرساء او
اقرت باخرس لا حد على واحد منهما واختلف الحكم في اشتراط تعدد الاقرار فنفاه الحسن وحماد بن ابي سليمان ومالك والشافعي
وابو ثور واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه واغد يا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل اربع مرات
ولان الغامدية لم تقر اربعا وانما ردها ماعز لانه شك في امره فقال ابك جنون وذهب كثير من العلماء الى اشتراط الاربع واختلفوا

في اربع مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او هو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي رح يكتفي بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رض فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب

في اشتراط كونها في اربع مجالس من مجالس المقر فقال به علماؤنا ونفاه ابن ابي ليلى واحمد فيما ذكر عنه واكتفوا بالاربع في مجلس واحد وما في الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن ابي هريرة رض قال اتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه حتى ثنى ذلك اربع مرات فلما شهد على نفسه اربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابك جنون فقال لا فقال هل احصنت قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما اذلقته الحجارة هرب فادركناه بالحرة فرجمناه فهذا ظاهر في انه كان في مجلس واحد قلت نعم هو ظاهر فيه لكن اظهر منه في افادة انها في مجالس ما في صحيح مسلم عن بريدة ان ماعزا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فرده ثم اتاه الثانية من الغد فرده ثم ارسل الى قومه هل تعلمون بعقله باسا فقالوا ما نعلمه الا وفي العقل من صالحينا فاتاه الثالثة فارسل اليهم ايضا فسالهم فاخبروه انه لا باس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفيرة فرجمه واخرج احمد واسحاق بن راهويه في مسنديهما وابن ابي شيبة في مصنفه ثنا وكيع عن اسرائيل عن جابر بن عامر عن عبد الرحمن بن ابزى عن ابي بكر قال اتى ماعز بن مالك النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف وانا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده فقلت له ان اعترفت الرابعة رجمك الله قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سال عنه فقالوا لا نعلم الا خيرا فامر به فرجم فصرح بتعدد المجيء وهو يستلزم غيبته ونحن انما قلنا انه اذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر وروى ابن حبان في صحيحه من حديث ابي هريرة رض قال جاء ماعز بن مالك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان العبد زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنا فامر به فطرد فاخرج ثم اتاه الثانية فقال مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الثالثة فقال له مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال ادخلت واخرجت فقال نعم فامر ان يرجم فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر في تعدد المجالس فوجب ان يحمل الحديث الاول عليها فان قوله فتنحى تلقاء وجهه متعدد مع قوله الاول اقرار واحد لانه في مجلس واحد وقوله حتى ثنى ذلك اربع مرات اي في اربع مجالس فانه لا ينافي ذلك وقد دلت الاحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه واما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة فاما كون الغامدية لم تقر الا مرة واحدة فممنوع بل اقرت اربعا يدل عليه ما عند ابي داود والنسائي قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدث ان الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وانما رجمهما بعد الرابعة فهذا نص في اقرارها اربعا غاية ما في الباب انه لم ينقل تفاصيلها والرواة كثيرا ما يحذفون بعض صورة الواقعة على انه روى البزار في مسنده عن زكريا بن سليم ثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن بن ابي بكر عن ابيه فذكره وفيه انها اقرت اربع مرات وهو يردها ثم قال لها اذهبي حتى تلدي الحديث غير ان فيه مجهولا تنجبر جهالته بما يشهد له من حديث ابي داود والنسائي واما كون رد ماعز اربعا كان لاسترابة في عقله فان سلم لا يتوقف علم ذلك على الاربع والثلاثة موضوعة في الشرع لابلاء الاعذار كخيار الشرط جعل ثلاثا لان عنده لا لعذر المغبون

ولأن الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الإقرار إعظاما لأمر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولأن لاتحاد المجلس أثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار والإقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بأن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن أبي حنيفة رح

فالمراد يستحب أن يؤخر ثلثة ليراجع نفسه في شبهة فلو لم تكن الرابعة عددا معتبرا في اعتبار إقراره لم يؤخر رجمه بعد الثالثة ومما يدل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة فمن ذلك قوله في حديث هزال إنه قد قلتها أربع مرات فبمن وهو حديث أخرجه أبو داود والنسائي والإمام أحمد عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك في حجر أبي فأصاب جارية من الحي فقال له ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه أحمد قال هشام فحدثني يزيد بن نعيم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح وإسناده صالح ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وأبو نعيم ذكره أيضا وهو مختلف في صحبته وقد روى ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الأربع جماعة بألفاظ مختلفة فمنها ما ذكرناه ومنها في لفظ لأبي داود عن ابن عباس إنك قد شهدت على نفسك أربع مرات وفي لفظ لابن أبي شيبة أليس إنك قلتها أربع مرات وتقدم في مسند أحمد عن أبي بكر رض أنه قال بحضرته عم إن اعترفت الرابعة رجمك إلا أن في إسناده جابر الجعفي وكونه رده في الصحيح أنه رده مرتين أو ثلاثا فمن اختصار الراوي إذ لا شك أنه أقر أربعا وقوله في ذلك اللفظ شهدت على نفسك يؤنس منه أنه اعتبر الإقرار بالشهادة فلما أوجب سبحانه في الشهادة على الزنا أربعا على خلاف المعتاد في غيره ولذا اعتبر في إقراره أنه لا يكمل إقرار بمنزلة شهادة واحد ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه وإذن فقوله وحديث العسيف فإن اعترفت فارجمها معناه الاعتراف المعروف في الزنا بناء على أنه كان معلوما بين الصحابة خصوصا لمن كان قريبا من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة ونقل هذا من حديث أبي هريرة رض في استغفار ماعز أنه رجمه بعد الخامسة وتأويله أنه عد أحاد الأقارير فإن منها إقرارين في مجلس واحد كما قدمناه في الجمع فكانت خمسا فإن قيل يجوز كون رده ليرجع قلنا ينبغي أن يلقنه الرجوع ولكن في مجلس الإقرار الموجب لو كان الإقرار الموجب هو الأول للقنه بعده ولأنه يطلقه مختارا في طلاقه ليذهب فقد لا يرجع هكذا يوما بعد يوم وهذا لما علمت أن الإقامة مخاطب بها الإمام بالنص إذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه أن يفصله إلا في المقصود من الإيجاب غير أنه إذا رجع قبل رجوعه فإيجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الإقامة وهذا لا يوجب جواز رده وإخراجه ليذهب فيرجع وقد لا يرجع بل يذهب إلى حال سبيله وهو مصر على الإقرار غير أنه يقول في نفسه إن الإقرار بهذا الحق لا يوجب شيئا على الإمام فيجلس في بيته مصرا على إقراره غير راجع عنه خصوصا في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الأحكام للناس بعد وأما ما روي أن الغامدية قالت له عليه الصلوة والسلام أتريد أن تردني كما رددت ماعزا والله إني لحبلى من الزنا فليس فيه دليل لأحد بل لما قالته قال لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت أتته بالصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته قال فاذهبي فأرضعيه حتى تفطميه فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز قالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس أن يرجموها فجاء خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فتنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه إياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وليس في هذا أنه اعتبر قولها فلم يردها غاية الأمر أنه ردها وعيا وإلى ولادتها ثم ردها إلى فطامها لاتفاق الحال بأن يثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا بسبب ظاهر في خصوص هذا الرد ولعلها كلما رجعت إليه ليصدر منها ما هو إقرار

لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة **قال** فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي رح وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع

او لابد ان يقع في مجلسها شئ مما هي بصدده هذا ولم يكن ما تقدم مما يفيد ان اقرارها كان اربعا غير انه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط في الدرء اعتبر به الحكم بتعدد الاقارير تعدد مجالس المقر دون القاضي لانه الذي به يتحقق الاقرار وبه فارق الشهادة فان الاربع فيها اعتبر في مجلس واحد حتى لو جاؤا في مجالس حدوا لانها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا بخلاف اقرار المقر فانه من واحد فامكن فيه اعتبار الاتحاد في اتحاد المجالس فاعتبر كذلك عند الامكان تحقيقا للاحتياط واما ما قيل ان اشتراط الاربع في الشهادة لان الشاهد متهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لاشك في الصدق واصل التعدد انما لزم حتى لزم الاتيان لامكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزوالها بالآخر وشرط في النساء لذلك ايضا بالنص قال تعالى فتذكر احدهما الاخرى غير ان المرأة انما تخالط المرأة لا الرجل الاجنبي فلزمت الاخرى لتذكرها **قوله** لانه عم طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة لا يعرف بهذا اللفظ واقرب الالفاظ اليه ما ذكرناه من حديث ابن حبان انه طرد واخرج فارجع اليه **قوله** واذا بين ذلك اي على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره في الشهادة ولان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سيذكره المص في باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال بمن زنيت لانه قد يبين من لا يحد بوطئها كما ذكرنا في جارية ابنه بخلاف ما لو قال في جوابه لا اعرف التي زنيت بها فانه يحد لانه اقرار بالزنا ولم يذكر ما يسقطه كون فعله زنا بل تضمن اقراره لانه لا ملك له في المزني بها لانه لو كان لعرفها ان الانسان لا يجهل زوجته وامته والحاصل انه اذا اقر اربع مرات انه زنى بامرأة لا يعرفها حد وكذا اذا اقر انه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف حده ثم ارسل الى المرأة فقال ان اعترفت فارجمها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال ان تذكر مسقطا عنه وعندنا لا يجوز التاخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال ان ترجع الشهود ولان كلا منهما شبهة الشبهة وبه لا يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا اعرفه لا يحد الرجل عند ابي حنيفة رح وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا اقرت انها زنت بفلان فانكر فلان تحد هي عندهما لا عنده **قوله** وقال الشافعي يقيم عليه الحد وهو قول ابن ابي ليلى والمسطور في كتبهم لو رجع قبل الحد او بعد ما اقيم عليه بعضه سقط وعن احمد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه روايتان فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعي وعلى تقديره فقوله كما اذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه انه انكار بعد ثبوت كما لو فرض انه شهدوا عليه وهو ساكت فلما سألهم الحاكم الاسئلة الخمسة وتمت الحجة انكر ولا يخفى انه تكلف والحق ان الرجوع عن الاقرار بالزنا بعد الاقرار به محل صحته شرعا حكما فيجب كون المحل الذي هو الا رجوعا عن اقرار بغيره وهو ليس ممتنعا في الشهادة نعم في القصاص وحد القذف يعني لو اقر بهما ثم رجع لا يقبل وكذا لا يقبل في الزنا ولنا ان الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب وليس احد يكذبه فيه فيتحقق به الشبهة في الاقرار السابق عليه فيندرئ بالشبهة لانه ارجح من الاقرار السابق فافهم بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه في اخباره الثاني فيمنع من اثره

ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمستها او قبلتها وقال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى **فصل** في كيفية الحد واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد الاحصان وعلى هذا اجماع الصحابة

في اخباره الاول بالكلية **قوله** ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع لقوله عم لماعز لعلك لمست روي في بعض احاديث ماعز لعلك مسستها لعلك قبلتها وعند البخاري لعلك قبلت او غمزت او نظرت وقال في الاصل ينبغي ان يقول له لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة والمقصود ان يلقنه ما يكون ذكره دارئا ليذكره كائنا ما كان كما قال للسارق الذي جيء به اليه أسرقت وما اخاله سرق والله اعلم بالصواب

فصل في كيفية اقامة الحد بعد ثبوت الحد تكون اقامته فذكر كيفيته **قوله** واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا هذا من الالفاظ التي جاء اسم الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال احصن يحصن فهو محصن في الفاظ معدودة هي اسهب فهو مسهب اذا طال وامعن في الشيء ومنه قول المص في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر ادع الله لنا فقال اكره ان اكون من المسهبين بفتح الهاء والفج بالفاء افتقر فهو ملفج الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها ايضا اذا افلس وعليه دين

قوله رجمه بالحجارة حتى يموت عليه اجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان انكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعي وان انكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي رض وجود حاتم والآحاد في تفاصيل صوره وخصوصياته اما اصل الرجم فلا شك فيه ولقد كوشف بهم عمر رض وكاشف بهم حيث قال خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله الا وان الرجم حق على من زنى وقد احصن اذا قامت البينة او كان الحبل او الاعتراف رواه البخاري وروى ابو داود انه خطب وقال ان الله تع بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان يطول بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم الحديث وقال لولا ان يقال ان عمر رض زاد في كتاب الله لكتبتها في حاشية المصحف وفي الحديث المعروف اي المشهور المروي من حديث عثمان وعائشة رض وابي هريرة وابن مسعود رض ففي الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وروى الترمذي عن عثمان رض انه اشرف عليهم يوم الدار وقال انشدكم بالله اتعلمون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلوني الحديث قال الترمذي حديث حسن ورواه الشافعي في مسنده عن عثمان لا يحل دم امرئ مسلم الا من احدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقي وابو داود والدارمي اخرجه البخاري عن قلابة من قول الى قتادة حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم احدا قط الا في ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل او رجل زنى بعد احصان او رجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام ولا شك في رجم عمر وعلي رض ولا يخفى ان قول المخرج حسن او صحيح في هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع في خصوص ذلك السند وذلك لا ينافي الشهرة وقطعية الثبوت بالنظر الى القبول والحاصل ان انكاره انكار دليل قطعي بالاتفاق فان الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنى او لفظا كسائر المسلمين الا ان انحرافهم عن الاحتياط بالصحابة والمسلمين وترك التردد الى

قال ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رض ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي رح لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف **قال** فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط

علماء المسلمين والرواة او قعهم في جهالات كثيرة لخفاء التسميع عنهم والشهرة ولذا حين جابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس في كتاب الله الزمهم باعداد الركعات ومقادير الزكوات فقالوا ذلك لانه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا ايضا فعله هو والمسلمون **قوله** يخرجه الى ارض فضاء لان في الحديث الصحيح قال فرجمناه يعني ماعزا بالمصلى وفي مسلم وابي داود فانطلقنا الى بقيع الغرقد كان المصلى كان به لان المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان واما ما في الترمذي من قوله فامر به في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فان لم يتاول على انه اتبع حين هرب حتى اخرج الى الحرة والا فهو غلط لان الصحاح والحسان متظافرة على انه انما صار اليها هاربا لانه ذهب به اليها ابتداء ليرجم بها ولان الرجم بين الجدران يوجب ضررا من بعض الناس لبعض للمضيق **قوله** ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس وهذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما تراه في الشاهد من امتناع بعض الناس في ذبح الحيوان الحلال الاكل والاضحية بل ومن حضور ها فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في اندفاع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعي ليس بشرط اعتبارا بالجلد يعني فانه اذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في اقامة الحد ابتداء الشهود واجاب بالفرق بان الجلد لا يحسنه كل احد فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق اذا بخلاف الرجم فان المقصود منه الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراطهم ابتداءهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع للالحاق واما اثبات المذهب فيقول على رض بناء على وجوب تقليد الصحابي فان قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه فيحمل على السماع لانه علله بان امتناعهم دلالة الرجوع فان الشاهد ربما يتساهل في الاداء فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف رح لانه دلالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها لا يندرئ الحد على ما عرف وسياتي انما يصح بناء على ان الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع بل يحتمل احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس جرز الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالاضحية والدجاجة فكيف بالاعلى فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قتل الانسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالة وهو غلط لانا لم نشترط الابتداء لقتله بل برميه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه لكنه دليل فيه شبهة فانه امارة لا يقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع رجوع والرجوع ثبوت لان الثابت شبهة في الشهادة ولا شبهة الشبهة فيها او حين لزم كون الثابت بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قذفا فيه شبهة بخلاف صريح الرجوع فانه به يظهر ان تلك الشهادة قذف بلا شبهة فيحد به هناك ولا يحد بدلالة الرجوع اذا لم يكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول قطعا لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا واما ثبوت ذلك عن علي رض فما اخرج ابن ابي شيبة ثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ان عليا رض كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا امر الشهود ان يرجموا ثم رجم هو ثم رجم الناس فاذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس قال وحدثنا ابو خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد بن عبد الرحمن بن عبد الله

وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رض ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا

بن مسعود رض عن علي رض قال ايها الناس ان الزنا زناءان زنا السر وزنا العلانية فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمي ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية ان يظهر الحبل او الاعتراف فيكون الامام اول من يرمي قال وفي يده ثلاثة احجار فرماها بحجر فاصاب صماخها فاستدارت ورمى الناس وروى الامام احمد في مسنده عن الشعبي قال كان لشراحة زوج غائب بالشام فانها حملت فجاء بها مولاها فقال ان هذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وانا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه احد لكان اول من يرمي الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها اقرت فانا اول من رماها فرماها بحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقي عن الاجلح عن الشعبي عن علي رض وفيه انه قال لها لعله وقع عليك وانت نائمة قالت لا قال لعله استكرهك قالت لا قال فامر بها فحبست فلما وضعت ما في بطنها اخرجها يوم الخميس وضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة في الرحبة واحاط الناس بها الحديث وفيه ايضا انه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ثم صف واورد ان اثبات اشتراط البداءة بهذا زيادة على النص بما هو خبر الواحد واصلاح الايراد انه تقييد القطعي المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب به والجواب ان الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرءه بالشبهة فاذا دل ظني على ان البداءة شرط لزم ان عدمها شبهة فيندرئ به الحد بحكم القطعي هو وجوب درء هذا الحكم القطعي للشبهة وموت الشهود يسقط الحد وكذا اذا غابوا او غاب احدهم في ظاهر الرواية وهو احتراز عن رواية عن ابي يوسف ان بداءتهم مستحبة لا مستحقة فلو امتنعوا او ماتوا او غابوا يقيم الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن اهلية الشهادة كما لو ارتد احدهم او عمي او خرس او فسق او قذف فحد لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء او بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود وهذا اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت والغيبة ولو كان بعضهم مقطوع اليدين او مريضا لا يستطيع الرمي حضر ورمى القاضي ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت الاقامة وقد يقال اذا كان شرطا ففوات الشرط كيف كان يمنع المشروط وايضا عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت الا ان شمس الائمة فرق بانهم اذا كانوا مقطوعي الايدي لم يستحق البداءة لهم واما هنا فقد استحقت فاذا تعذر بالموت او الغيبة صار كما لو امتنعوا وهذا تقييد شرطيته بكون الشهود قادرين على الرجم ولا شك ان المعنى المسقط يجمعها ومما يبطل الشهادة ويسقط الحد ان يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه ابو يوسف لان سقوطه في الوجه الاول كان لان شرط الشهادة عدم الاقرار ففات الشرط قبل العمل بها وقد علم ان الامضاء من القضاء في الحدود فكان كالاول وخالفه محمد رح **قوله** وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رض وهو ما ذكرناه آنفا وقوله ورمى عم الغامدية بحصاة مثل الحمصة رواه ابو داؤد عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخا يحدث عن ابي بكرة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحفر لها الى الثندوة ثم ذكر اسنادا آخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة وقال ارموا واتقوا الوجه فلما طفئت اخرجها وصلى عليها ورواه النسائي والطبراني والبزار وفيه مجهول وانت تعلم انه لو تم امر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما ذكرنا من كلام علي رض واعلم ان مقتضى هذا انه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو امرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بانه عم لم يحضر بل رجمه الناس عن امره عم ويمكن الجواب بان حقيقته بادل عليه

ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام لماعز رضي الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به ويأمر الامام بضربه

قوله على انه يجب على الامام ان يأمرهم بالابتداء احتيالا للثبوت دلالة الرجوع وعدمه وان لم يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس انه لم يقصر في امر القضاء بان لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع حينئذ ظهرت امارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة التقصير في القضاء وهي دارئة فكان البداءة في صيغة الشرط انه لزم عن عدمه العدم لانه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه عرم منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يبدأ واعلم ان مقتضى ما ذكر انه لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب ان يثني الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما قالوا ويستحب لكل من رجم ان يقصد قتله لانه المقصود ولانه تيسير عليه الا ان يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصده ويكتفي بغيره فيه قوله ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ماعز اصنعوا به الخ روى ابن ابي شيبة عن ابي معاوية عن ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابن ابي بريدة عن ابيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلوة عليه واما صلوته عم على الغامدية فاخرجه الستة الا البخاري من حديث عمران بن الحصين ان امرأة من جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله اصبت حدا فاقمه على الحديث بطوله الى ان قال ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر اتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت فقال لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من اهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة افضل من ان جادت بنفسها لله وفي صحيح البخاري من حديث جابر في امر ماعز قال ثم امر به فرجم وقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال ابن القطان قيل للبخاري قوله وصلى عليه قاله غير معمر قال لا ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم ابو داؤد وصححوه واما ما رواه ابو داؤد من حديث ابي برزة الاسلمي انه عم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلوة عليه ففيه مجاهيل فان فيه عن ابي بشر حدثني نفر من اهل البصرة عن ابي برزة نعم حديث جابر في الصحيحين في ماعز وقال له خيرا ولم يصل عليه معارض صريح في صلوته عليه لكن المثبت اولى من النافي لكن على اصول الحنفية وهو ان النفي اذا كان من جنس ما يعرف بدليله يساوي الاثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لان هذا المنفي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك ان الصحابي اذا شهد الصلوة بتمامها يعلم عدم صلوته عليه عم فيطلب الترجيح بغير ذلك ومن هذا ذهب مالك الى انه يصلي عليه غير الامام والحاصل ان الصلوة عليه شرعا لاشك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام اثر شهادة يوم القيمة واما انه عم صلى على ماعز ففي حيز التعارض والغامدية من بني غامد حي من الازد قاله المبرد في الكامل وفي كتاب انساب العرب غامد بطن من خزاعة وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين اتت امرأة من جهينة قوله وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هي الاصل اذ الداعية فيها اكثر ولولا تمكينها لم يزن وهذا عام في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعا ويكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو اولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم القطع بثبوتها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر رض وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتي حجة مختلف فيه وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين

بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رضه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فليتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف **قال** الا راسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والراس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا

من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك ان الطريق في ذلك الى عمر رضه ظني ولهذا والله اعلم قال علي رضه فيما ذكرنا عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينسبه الى القرآن المنسوخ التلاوة وعرف من قوله ذلك انه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رايه ان الرجم حكم زائد في حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به وقد يستدل له بقوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفي رواية ابي داؤد ورمي بالحجارة وسيأتي الكلام عليه **قوله** بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر وفي الصحاح وغيره عقد اطرافه ورجح المطرزي ارادة الاول بما ذكر الطحاوي ان عليا رضه جلد الوليد بسوط له طرفان اربعين جلدة كانت الضربة ضربتين وفي الايضاح ما يوافقه قال ينبغي ان لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفي الدراية لكن المشهور في الكتب لا ثمرة له لا عقدة عليه وقول المصنف في الاستدلال عليه لان عليا رضه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الاول اصلا بل احد الامرين اما العقدة واما تليين طرفه بالدق اذا كان يابسا وهو الظاهر روى ابن ابي شيبة ثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي عن انس بن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا له في زمن من كان هذا قال في زمن عمر بن الخطاب رضه والحاصل ان المراد ان لا يضرب وفي طرفه يبس لانه يجرح او يبرح فكيف اذا كان فيه عقدة ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن ابي كثير ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني اصبت حدا فاقمه علي فدعا عليه السلام بسوط فاتي بسوط شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فاتي بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فاتي بسوط بين سوطين فقال هذا فاضربه فجلد فرواه ابن ابي شيبة عن زيد بن اسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل فذكره ذكره مالك في الموطا والحاصل ان يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذي يصير به ذنبين تعميما للمشترك في النفي لانه عين العدد مائة ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان اولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق راسه فيصير متوسطا **قوله** بين الموجع وغير المؤلم فيكون مؤلما غير موجع فلزم انه اراد بالموجع المبرح والا لم يستقم ووجهه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحد ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله **قوله** ينزع عنه ثيابه الا الازار لستر عورته وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد يترك عليه قميص او قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضي التجريد وقول المصنف لان عليا كان يامر بالتجريد زاد عليه شارح الكنز فقال صح ان عليا كان يامر بالتجريد في الحدود وتابعه على ما قال المخرج انه لم يعرف عن علي بل روي عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه اتي برجل في حد فضربه وعليه كساء قسطلاني قاعدا واسند الى المغيرة بن شعبة في الحد وانتزع عنه ثيابه قال لا الا ان يكون فروا او محشوا واسند عن ابن مسعود لا يحل في هذه الامة تجريد ولا مد **قوله** ويفرق الضرب على اعضائه لان جمعه في عضو قد يفسده واستثنى الراس والوجه والفرج وذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه مخرجون مرفوعا بل موقوفا عن علي رضه انه اتي برجل سكران او في حد فقال اضرب واعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب رضه انه قال وقد اتي برجل اضربه واعط كل عضو حقه قال روينا هذا القول عن علي وابن مسعود

وقال ابو يوسف رح يضرب الرأس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رض اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تاويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رض يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق

والنخعي رح انتهى ولا شك ان معنى ما ذكره المص في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض عنه عم قال اذا ضرب احدكم فليتق الوجه والمذاكير ولا شك ان هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع ان في حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجه من يبارزه او هو في مقابلة حالة الحملة لا يكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يضرب صبرا في حد قتلا او غير قتل وفي القتل صريح ما تقدم من رواية ابي داؤد من حديث ابي هريرة انه عم رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة ثم قال ارموا واتقوا الوجه رح فلا شك ان قول عمر وعلي رض اعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر هكذا مقتصر عليه عام مخصوص لانهما لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير وانما كان ذلك معلوما فلم يحتج الى ذكره على انه ذكر في رواية غيره عن علي كما حكيناه آنفا بما سمعت فعلم ان ما اورده المص دليل على بعض المطلوب والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو انه مجمع الحواس الباطنة فربما يفسد فهو اهلاك معنى وهذا من المص ظاهر في القول بان العقل في الرأس الا ان الادلة وهي مختلفة بين الاصوليين وما قيل في المنظومة والكافي ان الشافعي يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية البينة والا فحد في ظهرك غير ثابت في كتبهم بل الذي فيها كقولنا وانما ذكر رواية عن مالك انه خص الظهر وما يليه واجيب بان المراد بالظهر نفسه اي حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة من عمر وعلي وابن مسعود رض وما استنبطناه من قوله عم اذا ضرب احدكم فليتق الوجه وانه في نحو الفخذ مما سواه داخل في الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع وعن محمد رح في التعزير يضرب الظهر وفي الحدود الاعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قال ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه على اعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت مفارقه وانما له مفرق واحد **قوله** وقال ابو يوسف يضرب الرأس ضربة واحدة رجع اليه بعد ان كان اولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث ابي بكر رض الذي ذكره ورواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان ابا بكر رض اتي برجل انتفى من ابيه فقال اضرب الرأس فان فيه شيطانا والمسعودي مضعف ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار ان رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فارسل اليه عمر واعد له عراجين النخل فقال له من انت فقال انا عبد الله صبيغ فاخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال انا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى ادمى رأسه فقال يا امير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت اجد في رأسي وهذا ايضا في جواب المص بان ذلك كان مستحق القتل ولو قلنا ان واقعة ابي بكر كانت فيه فان ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم وكذا ضرب ابي بكر رض للذي انتفى من ابيه هذا واستثنى بعض المشائخ وهو رواية عن ابي يوسف رح ايضا الصدر والبطن وفيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا لا يقتل في البطن فكيف بالصدر نعم اذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي ان لا يضرب البطن **قوله** ويضرب في الحدود كلها وكذا التعزير قائما غير ممدود لقول علي رض الخ روى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي رض قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة في الحد ولان مبنى الحد في التشهير زجرا للعامة عن مثله والقيام ابلغ فيه والمرأة مبنى امرها

وان كان عبدا جلده خمسين جلدة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها **قال** وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رض لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه السلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا

على الستر فيكتفي بتشهير الحد فقط بلا زيادة وقوله غير ممدود وقيل المدان يلقى على الارض كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط بان يرفعه الضارب فوق راسه وقيل ان يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجلد وفيه زيادة الم وقد يفضي الى الجرح وكل ذلك لا يفعل فلفظ ممدود تعمم في جميع معانيه لانه في النفي مجاز لتعميمه فان امتنع الرجل فلم يقف ويصير لا بأس بربطه على اسطوانة او يمسك **قوله** وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء وهو ايضا مما يعرف من اول الكلام ولا فرق بين الذكر والانثى بتنقيح المناط فيرجع به الى دلالة النص بناء على انه لا يشترط في الدلالة اولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفي فيه وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب الذكور والنص عليهن فقط لان الكلام كان في تزوج الاماء بقوله ومن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المومنات ثم تمم حكمهن اذا زنين ولان الداعية فيهن اقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزاني في الآية وهذا الشرط اعني الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة احصنوا او لم يحصنوا واسند ابو بكر الرازي الى ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون ان لا يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وابو داؤد والنسائي عن علي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم من احصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاؤس ان لا حد عليها حتى تحصن بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا انه غير صحيح وقرئ فاذا احصن بالبناء للفاعل وتأول على معنى اسلمن وحين الزم سبحانه نصف ما على المحصنات اذا احصن لزم ان لا رجم على الرقيق لان الرجم لا يتنصف ولان الرق منصف للنعمة فتنقص العقوبة به لان الجناية عند توفر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ الا ترى الى قوله سبحانه يا نساء النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين **قوله** والرجل والمرأة في ذلك سواء لشمول النصوص اياهما فان كان كل منهما محصنا رجم او لا فعلى كل الجلد او احدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد وكذا ذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالبينة او الاقرار يكون على ما شرط **قوله** غير ان المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها الا الحشو والفرو ولان في تجريدها كشف العورة لان بدنها كله عورة الا ما عرف وجهه ظاهر وتضرب المرأة جالسة لما روينا يعني من كلام علي رض ولانه استر لها **قوله** فان حفر لها في الرجم جاز لهذا ولذلك حفر عم للغامدية الى ثندوتها والثندوة بضم التاء والهمزة مكان الواو وفتحها مع الواو مفتوحة ثدي الرجل ولحم الثديين والدال مضمومة في الوجهين وما قيل الثدي للمرأة والثندوة للرجل غير صحيح بحديث الذي وضع سيفه بين ثدييه وكذا حفر علي رض لشراحة الهمدانية بسكون الميم وهي قبيلة كانت عليتة على رض وقد مدحهم وقال في مدحه لهم فلو كنت بوابا على باب جنة لقلت لهمدان ادخلوا بسلام وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية احمد عن الشعبي انه حفر لها الى السرة ثم قال المص ان ترك الحفر لم يضره لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بذلك يعني لم يوجبه بناء على ان حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه عم حفر للغامدية ومعلوم ان ليس المراد الا انه امر بذلك فيكون مجازا عن امره الا ان كانت مناقضة غريبة فان مثلها انما يقع عند بعد العهد اما معه في سطر واحد

ولا يحفر للرجل لأنه عليه السلام ما حفر لماعز رض ولأن مبنى الإقامة على التشهير في الرجال والربط والإمساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام وقال الشافعي رح له أن يقيمه لأن له ولاية مطلقة عليه كالإمام بل أولى لأنه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الإمام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام أربع إلى الولاة وذكر منها الحدود ولأن الحد حق الله تعالى لأن المقصد منها إخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الإمام أو نائبه بخلاف التعزير لأنه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه

فغريب وهو هنا كذلك **قوله** ولا يحفر للرجل لأنه عم لم يحفر لماعز وتقدم من رواية مسلم وتقدم من رواية أيضا من حديث أبي بريدة الأسلمي أنه حفر له وهو منكر
لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتظافرة **قوله** ولأن مبنى الحد على التشهير في الرجال لا حاجة إلى التخصيص بل الحد
تشهيره مطلقا مبني على التشهير غير أنه يزاد في شهادته في حق الرجل لأنه لا يضره ذلك ويكتفي في المرأة بالإخراج والإتيان بها إلى مجمع الإمام والناس
خصوصا في الرجم وأما في الجلد فقد قال تع وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين أي الزانية والزاني فيستحب أن يأمر الإمام طائفة أي جماعة
أن يحضروا إقامة الحد وقد اختلف في هذه الطائفة فعن ابن عباس رض واحد وبه قال أحمد وقال عطاء وإسحاق اثنان وقال الزهري
ثلاثة وقال الحسن البصري عشرة وعن الشافعي ومالك أربعة وأما قوله والربط والإمساك غير مشروع فلما تقدم من قول ابن مسعود رض
ليس في هذه الأمة تجريد ولا مد ولأن ماعزا انتصب لهم قائما ولم يمسك ولم يربط إلا أن لا يصبر وأعياهم فحينئذ يمسك ويربط فإذا هرب
في الرجم وإن كان مقرا لا يتبع وترك وإن كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لأن هربه رجوع ظاهرا ورجوعه يقبل في إقراره لا
في رجوع الشهود وذكر الطحاوي في صفة الرجم أن يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجمه صف تنحوا ولم يذكره في الأصل
بل في حديث علي رض في قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقي عن الأجلح عن الشعبي وفيه أحاط الناس بها وأخذوا
الحجارة قال ليس هكذا الرجم إذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلاة صفا خلف صف إلى أن قال ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف
ثم صف ولا يقام حد في مسجد بإجماع الفقهاء ولا تعزير إلا ما روي عن مالك أنه لا بأس بالتأديب في المسجد خمسة أسواط قال أبو يوسف
أقام ابن أبي ليلى الحد في المسجد فخطأه أبو حنيفة وفي الحديث أنه عم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراءكم
وبيعكم وإقامة حدودكم وجمروها في جمعكم وضعوا على أبوابها المطاهر ولأنه لا يؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب نفيه عن المسجد
قوله ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام وقال الشافعي ومالك وأحمد يقيمه بلا إذن وعن مالك إلا في الأمة المزوجة
واستثنى الشافعي من المولى أن يكون ذميا أو مكاتبا أو امرأة وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة أو قطع الطريق
أو قطعا للسرقة ففيه خلاف عندهم قال النووي الأصح المنصوص يعم لإطلاق الخبر وفي التهذيب الأصح أن القتل والقطع إلى الإمام لهم
ما في الصحيحين من حديث أبي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الأمة إذا زنت ولم تحصن قال إن زنت فاجلدوها
ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير قال ابن شهاب لا أدري أبعد الثالثة أو الرابعة والضفير الحبل وفي السنن عنه عم
أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم ولأنه يملك تعزيره صيانة لملكه عن الفساد فكذا الحدود ولأن له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه ما لا يملك الإمام
من التصرف فملك الإقامة عليه أولى من الإمام ولنا ما روى الأصحاب في كتبهم عن ابن مسعود رض وابن عباس رض وابن الزبير رض موقوفا ومرفوعا
أربع إلى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولأن الحد خالص حق الله تع فلا يستوفيه إلا نائبه وهو الإمام وهذا الاستدلال
يتوقف على صحة هذا الحديث وكونه حق الله فإنما يستوفيه نائبه مسلم ولكن الاستنابة تعرف بالسمع وقد دل على أنه استناب في حقه المتجلي
منه على الأرقاء مواليهم بالحديث السابق ودلالته على الإقامة بنفسه ظاهرة وإن كنا نعلم أنه ليس المراد الإقامة بنفسه فإنه لو أمر غيره
كان ممتثلا فيجاز كون المراد ذكره الإمام ليأمر بإقامته لكن ما لم يثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك بل على الظاهر المتبادر من

قال واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام ممكنه من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ

قول القائل اقام فلان الحد على فلان او جلد فلان فلانة والمتبادر انه باشره او امر به على ان المتبادر احد دائر فيهما لا في ثلاثة هما اذن مع رفعه الى الحاكم ليحد ونعم من استقر اعتقاده على ان اقامة الحد الى الامام فالمتبادر اليه من ذلك اللفظ الاخير بخصوصه **قوله** واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان قيد باحصان الرجم لان احصان القذف غير هذا كما سيأتي والاحصان في اللغة المنع قال تعالى لتحصنكم من بأسكم فاطلق في استعمال الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية منه ان ينكح المحصنات وبمعنى التزويج وبمعنى الاصابة في النكاح وبمعنى العفة يقال احصنت اي عفت واحصنها زوجها قال في المبسوط المتقدمون يقولون ان شرائط الاحصان سبعة وعدنا ذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرطا الاهلية للعقوبة والى ذلك اشار المص بقوله فالعقل والبلوغ شرط الاهلية العقوبة والحرية شرط تكميل العقوبة لا شرطا الاحصان على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بالدخول انتهى واختلف في اثنين من هذه الاسلام وسنذكره المصنف وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل امة او صبية او مجنونة او كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا خلافا له وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد او مجنون او صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فاسلمت بعد ما دخل بها ثم قبل ان يدخل بها بعد الاسلام اي يطأها لو زنى لا يرجم وكذا لو اعتقت الامة التي هي زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الاعتاق وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما فاذا اسلما لا يعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله واعلم ان الاضافة في قولنا شرائط الاحصان ينبغي ان تكون بيانية اي الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل ان الاحصان الذي هو شرط الرجم هي المأثورة في اجزائه وهو هيئة تكون باجتماعها فهي اجزاء علة وكل جزء علة واحد شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا وقياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره لا يقال كما ان الحد لا يثبت قياسا فكذا شرطه لانا نقول بل يجب ان يثبت شرطه قياسا لان عدم جواز نفس الحد انما لعدم المعقولية او لانه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة واثبات الشرط احتيال للدرء لا للايجاب بقي الشان في تحقيقه وقد اثبت المص شرط اتفاقهما في صفة الاحصان مع غيره بقوله بانها من جلائل النعم فان من النعم كون كل من الزوجين مكافيا للآخر في صفاته الشريفة ثم قال وقد شرع الرجم بالزنا عندنا استجماعها فيناط به اي باستجماعها وان انيط بكلها يلزم ان ينتفي الحد بانتفاء كل منها ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه لظهور اثر وجود الشبهة في درء الحد وعدم تمامها شبهة في قصور الصارف فيندرئ به وبيانه ما ذكر في بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا لكمال اندفاع حاجته الى الوطي عنده فكونه بالغا لان الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لا يرغب فيها بل هي

والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رح في رواية لهما ما روي ان النبي عم رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التورية ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن

..

محل لقوة الطباع وكذا ينفر المسلم عن صحبة من يفارقه في دينه منهما وكذا يرى الحر انحطاطا بتزوج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين في ذلك فتكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عندها افحش فناسب كون العقوبة اغلظ فشرعت كذلك وهو الرجم عند استجماعها فينيط به اي بالاستجماع لها بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالراي ممتنع ووجه عدم اعتبارها في تكميل العقوبة انها لا مدخل لها في تكميل الصارف وان كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر وادر وكيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسلمة كما يفيده ما ذكر في نفرة المسلم اجيب بان يكونا كافرين فيسلم هي فيطأها قبل عرض القاضي الاسلام عليه واباءه وما لم يفرق القاضي بينهما باباءه هما زوجان **قوله** والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام اي في الاحصان وكذا ابو يوسف رح في رواية وبه قال احمد وقول مالك كقولنا فلو زنى الذمي الثيب الحر يجلد عندنا ويرجم عندهم لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر ان اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان امرأة منهم ورجلا زنيا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التورية في شان الرجم فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتورية فنشروها فوضع احدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فامر بهما النبي صلى الله عليه وسلم فرجما والذي وضع يده على آية الرجم عبد الله بن صوريا واجاب المص بانه انما رجمهما بحكم التورية فانه سألهم عن ذلك اولا وان ذلك انما كان عند ما قدم عليه الصلوة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الاسلام في الرجم ثم نزل حكم الاسلام بالرجم باشتراط الاحصان وان كان غير متلو وعلم ذلك من قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن رواه اسحاق بن راهويه في مسنده اخبرنا عبد العزيز بن محمد ثنا عبد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اشرك بالله فليس بمحصن قال اسحق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة من طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم يرفعه غير اسحاق بن راهويه ويقال انه رجع عن ذلك والصواب انه موقوف قال في الغاية ولفظ اسحاق كما تراه ليس فيه رجوع وانما ذكر عن الراوي انه مرة رفعه مرة اخرجه مخرج الفتوى ولم يرفعه ولا شك ان مثله بعد صحة الطريق اليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من انه اذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع وبعد ذلك اذا خرج من طريق فيها ضعف لا يضر واما قوله عم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد فالله اعلم به معناه رواه الدارقطني وابن عدي من حديث ابي بكر بن ابي مريم عن علي بن ابي طلحة عن كعب بن مالك انه اراد ان يتزوج بيهودية فقال له عم لا تتزوجها فانها لا تحصنك وضعف ابن ابي مريم وعلي بن ابي طلحة لم يدرك كعبا لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن علي بن ابي طلحة عن كعب وهو منقطع وانت تعلم ان الانقطاع عندنا داخل في الارسال بعد عدالة الرواة وبقية قد بينا الكلام فيه اول هذا الشرح والله اعلم وعلى كل حال هو شاهد للحديث الاول فيحتج به ولا معنى لفصل المص بين هذا الحديث والحديث الاول بالفروع التي ذكرها وهما في معنى واحد وهو الاحتجاج عن ابي يوسف ومن معه بل كان الوجه جمعهما ثم يقول هذا لما ذكرنا واعلم ان الاسهل مما ادعى ان يقال صح عنهما بان كان الرجم ثبتت مشروعيته في الاسلام وهو الظاهر من قوله عم ما تجدون في التورية في شان الرجم ثم الظاهر كون اشتراط الاسلام لم يكن ثابتا والا لم يرجمهما لانتساخ شريعتهم وانما يحكم بما انزل الله اليه وانما سألهم عن الرجم في التورية ليبكتهم بتركهم ما انزل عليهم فحكم

والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها وفي المنكوحة المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف رحمه الله يخالفنا في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد **قال** ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه **قال** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام

برجمها بشريعة الموافق لشرعهم واذا لزم كون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الاسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الاسلام وليس تاريخ يعرف به فيقدم اشتراط الاسلام على عدم اشتراطه او تاخره فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقول مقدم على الفعل وفيه وجه آخر وهو ان تقديم هذا الفعل يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط في ايجاب الحد والاولى في الحد درؤه وترجيح الدافع عن التعارض ولا يخفى ان كل مرجح فهو محكوم بتاخره اجتهادا ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين **قوله** والمعتبر في الدخول المحقق للاحصان الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وهو تغييب الحشفة فقط انزل او لم ينزل وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه **قوله** ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وهو قول مالك والشافعي ورواية عن احمد ويجمع في رواية اخرى عنه واهل الظاهر كذلك للجمهور انه عليه السلام لم يجمع وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة العسيف تظافرت الطرق عنه عليه السلام انه بعد سؤاله عن الاحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الامر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال اغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها وقال في باقي الحديث فاعترفت فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا في الغامدية والجهنية ان كانت غيرها لم يزد على الامر برجمها وتكرر ولم يزد احد على ذلك فقطعنا بانه لم يكن غير الرجم فقوله عليه السلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم او رمي بالحجارة يجب قطعا كونه منسوخا قال ولان الجلد يعرى عن المقصود وهو الانزجار او قصد الانزجار لان القتل اذا كان لاحقا كان الجلد خاليا عن الفائدة الدنيوية التي لها شرع الحد والنسخ قد تحقق في حق الزنا فانه كان اولا الاذى باللسان على ما مر بتم من قوله واللذان ياتيانها منكم فآذوهما ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم الى قوله فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا فانه كان قبل سورة النور لقوله عليه السلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا والا لقال خذوا عن الله ولا يخفى ان ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بانه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه فان لم يعلم خصوص الناسخ واما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فاما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها او هو راي لا يقاوم اجماع الصحابة ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم **قوله** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما وكذا احمد والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وله في العبد اقوال يغرب سنة بنصف سنة لا يغرب اصلا واما تغريب المرأة فمع محرم واجرته عليها في قول وفي بيت المال في قول وهو امتنع ففي قول يجبره الامام وفي قول لا ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بلا محرم قولان لقوله عليه السلام خذوا عني الحديث **قوله** لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام اخرجه مسلم وابو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه عليه السلام خذوا عني الحديث وتقدم لان فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف لانه هو الداعية الى ذلك ولذا قيل لامرأة من العرب ما حملك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب الوساد والسواد والمسارة من ساوده اذا ساره ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا جعل الجلد كل الحكم شارعا في بيان حكم الزنا ما هو فكان المذكور تمام حكمه والا كان تجهيلا اذ يفهم انه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان ابعد من ترك البيان لانه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزاء للشرط فيفيد ان الواقع هذا فقط

ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف وكذا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان فى التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول على رض كفى بالنفى فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه فى موضعه الا ان يرى الامام فى ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد فى بعض الاحوال فيكون الراى فيه الى الامام وعليه يحمل النفى المروى عن بعض الصحابة رض

فلو ثبت معه شئ آخر كان مثبته معارضا لا مثبتا لما سكت عنه الكتاب وهو الزيادة الممنوعة واما ما يفيده كلام بعضهم من ان الزنا بخبر الواحد اثبات ما لم يوجبه القرآن وذلك لا يمتنع والا لبطلت اكثر السنن وانها ليست نسخا وتسميتها نسخا بمجرد اصطلاح ولذا زيد فى عدة المتوفى عنها زوجها الاحداد على المامور به فى القرآن وهو التربص فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح وذلك انه ليس المراد من الزيادة اثبات ما لم يثبته القرآن ولم ينفه لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم بل تقييد مطلقه على ما عرف ممن ان الاطلاق مما يراد وقد دل عليه باللفظ المطلق وباللفظ يفاد المعنى فافاد وان الاطلاق يراد بالتقييد ينتفى حكمه عن بعض ما اثبته فيه اللفظ المطلق ثم لا شك ان هذا نسخ وخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب فظن المعترض ان الاحداد زيادة غلط لانه ليس تقييد التربص والا لو تربصت ولم تحد من يربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العهدة وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب فى العدة لانها اثبت الحديث واجبا لا انه قيد مطلق الكتاب نعم ورد عليه ان هذا الخبر مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقا والمصنف رح عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الى ادعاء نسخ هذا الخبر مستانسا له بنسخ شطره الثانى وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصفه الآخر وانت تعلم ان هذا ليس بلازم بل تجوز بان يروى حمل بعضها منسوخ وبعضها لا ولو سلك الطريق الاول وادعى انه آحاد لا مشهور وتلقى الامة بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به فممنوع لظهور الخلاف وان كان اجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من اخبار الآحاد كذلك فلم يخرج بذلك عن كونها آحادا وقد خطى من ظنه يصير قطعيا وادعى فيما رواه البخارى ذلك وغلط على ما عرف فى موضعه واذا كان آحادا وقد تطرق اليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك انه ينزل عن الآحاد التى لم يتطرق ذلك اليها فاحرى ان لا ينسخ به افادة الكتاب من ان جميع الموجب الجلد فانه يعارضه فيه لان الكتاب ساكت من نفى التعذيب فكيف وليس فيه ما يدل على ان الواجب من التعذيب بطريق الحد فان اقصى ما فيه دلالة قوله البكر بالبكر جلد مائة وتعذيب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل ما فى البخارى من قول ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفى عام واقامة الحد ظاهر فى ان النفى ليس فى الحد لعطفه عليه وكونه استعمل الحد فى جزء مسماه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه وما ذكر من الالفاظ لا يفيد وجاز كونه تعذيبا لمصلحة واما مالك رح فراى ان الحديث ما دل الا على الرجل لقوله البكر بالبكر فلم تدخل المراة ولا شك انه كغيره من المواضع التى تثبت الاحكام فى النساء بالنصوص المفيدة اياها للرجال بتنقيح المناط وايضا فان نفس الحديث يجب ان يشملهن فانه قال خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على ان النفى والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى الا ترى الى قوله البكر تستاذن ثم عارض ما ذكر الشافعى من المعنى بان فى النفى فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعن تستحيى منهم ان كان لها شهوة قوية فتفعله وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها الى ما يقوم باودها ولا شك ان هذا المعنى فى افضائه الى الفساد ارجح مما ذكره من افضاء قلة المعارف الى عدم الفساد خصوصا فى مثل هذا الزمان لمن يشاهد احوال النساء والرجال فيترجح عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن فى كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابى سليمان عن ابراهيم النخعى قال قال عبد الله بن مسعود رض فى البكر يزنى بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة قال وقال على ابن ابى طالب رض حسبهما من الفتنة ان ينفيا وروى محمد بن الحسن اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابى سليمان عن ابراهيم النخعى قال كفى بالنفى فتنة وروى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهرى عن ابن المسيب قال غرب عمر رض ربيعة بن امية بن خلف فى الشراب

وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم لأن الإتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي إلى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد. وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي إلى هلاك الولد وهو نفس محترمة وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها أي ترتفع يريد به تخرج منه لأن النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء بخلاف الرجم لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي أنه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك. ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الإقرار لأن الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله أعلم

إلى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا أغرب بعده مسلما نعم لو غلب على ظن الإمام مصلحة في التغريب تعزيرا له أن يفعله وهو محمل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم وللصحابة من أبي بكر وعمر وعثمان وفي الترمذي ثنا أبو كريب ويحيى بن أكثم قالا ثنا عبد الله بن إدريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وأن عمر رضي الله عنه ضرب وغرب إلا أنه قال حديث غريب هكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن إدريس عن عبيد الله فرفعوه ورواه بعضهم عن إدريس عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث وهكذا روي في رواية ابن إدريس عن عبيد الله بن عمر ومن رواية محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى وقال الدارقطني بعد أن ذكر رواية ابن نمير وأبي سعيد الأشج عن ابن إدريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم وهو الصواب لكن رواه النسائي ثنا محمد بن العلاء ثنا عبد الله بن إدريس به مرفوعا ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال رجاله ليس فيهم من يسأل عنه لثقته وشهرته وقال أيضا عندي أن الحديث صحيح ولا يمتنع أن يكون عند ابن إدريس فيه عن عبيد الله جميع ما ذكر والحاصل أن في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا بين الحفاظ وأما عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فلا اختلاف فيه وقد أخرج ذلك عنهما أيضا في الموطأ وأما الرواية عن عثمان ففي مصنف ابن أبي شيبة ثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار عن مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم أرسل بها إلى مولى يقال له المهري إلى خيبر نفاها إليه فهذا التغريب المروي عمن ذكرنا كما غرب عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة هل من سبيل إلى خمر فأشربها ٭ أم من سبيل إلى نصر بن حجاج ٭ إلى فتى ماجد الأعراق مقتبل ٭ سهل المحيا كريم غير لجلاج ٭ وذلك لا يوجب نفيا وعلى هذا كثير من مشايخ السلوك المحققين رضي الله عنهم وحشرنا معهم يغربون المريد إذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ومثل هذا المريد أو من هو قريب منه هو الذي ينبغي أن يقع عليه رأي القاضي في التغريب لأن مثله في ندم وشدة وإنما نال زلة لغلبة النفس أما من لم يستح وله حال عنهم عليه لغلبة النفس فنفيه لا شك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه **قوله** وإذا زنى المريض وحده الرجم بأن كان محصنا حد لأن المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة أقرب إليه وإن كان حده الجلد لا يجلد حتى يبرأ لأن جلده في هذه الحالة قد يؤدي إلى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل أو كان خداجا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة وقد سمعت في كتاب الأيمان أنه لا بد من وصول كل شمراخ إلى بدنه وكذا قيل لا بد أن يكون مبسوطة ولخوف التلف لا يقام الحد في البرد الشديد والحر الشديد بل يؤخر إلى اعتدال الزمان وهذا في البرد عند من يرى تجديد الحد وهو ظاهر لأنه قد يمرض أما الحر فلا نعم لو كان ضرب الحد بسبب جارح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تأخير حده للبرد والحر بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فإنه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة الفصلين **قوله** وإذا زنت الحامل لا تحد حتى تضع حملها وقد جلد كيلا يؤدي إلى هلاك الولد لأنه نفس محترمة لأنه مسلم لا جريمة منه فلو ولدت أو كانت نفساء فحتى تتعالى من نفاسها في الجلد ولو طالت في التأخير وتقول لم أضع بعد أو شهدوا على امرأة بالزنا فقالت أنا حبلى ترى النساء ولا يقبل قولها فإن قلن هي حامل أجلها حولين فإن لم تلد رجمها ثم الحبلى تحبس إن ثبت زناها بالبينة

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطي الموجِبُ للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك

الى ان تلد وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان لها الرجوع متى شاءت وعن ابى حنيفة اذا ولدت لا تحد حتى تفطم الولد اذا لم يكن لها من يربيه وتقدم في حديث الغامدية انه ردها حتى تستغني فرجعت ثم جاءت وفي يده كسرة وقالت ها قد فطمته وفي حديث آخر قال اذهبي حتى تضعي ما في بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقال رجل من الانصار الى رضاعه قال فرجمها وهذا يقتضي انه رجمها حين وضعت بخلاف الاول والطريقان في مسلم وهذا اصح طريقا لان في الاول بشير بن المهاجر وفيه مقال وقد يحتمل ان يكون امراتين ووقع في الحديث الاول شبهها الى الازد وفي حديث عمران بن حصين جاءت امرأة من جهينة وفيه رجمها بعد ان وضعت

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود وكان الحد هو المقصود الاصلي فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعا ففعل المصنف ذلك ثم اراد تقديم حد الزنا فقدمه واعطى احكامه لانها هي المقصود وذلك بثبوت سببه وحاصل احكامه كميته ثبوته وشروطها وكيفية اقامته وشروطها فكان تصور حقيقة السبب الذي هو الزنا بالنسبة الى مقصود الكتاب ثانيا وان كان بالنسبة الى التحقق في الوجود اولا فاخر المص تعريفه الى ان فرغ من المقاصد الاصلية وذكر ان الزنا في عرف اهل اللغة والشرع يعني لم يزد عليه في الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بانه وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك وهذا لان في اللغة معنى الملك امر ثابت قبل مجيئ هذا الشرع وان كان هو في نفسه امرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة والناس لا يتركوا سدا في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك امرا مشروعا من بعث آدم او من قبل بعثه بوحي يخصه او يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا في الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية او غيرها مخصوصة بالدين فان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى في الدين والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك في انه تعريف الزنا في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو اعم والموجب للحد منه بعض انواعه ولذا قال عم العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطي رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على ان فعله زنا فان كان لا يحد به فلولا قول المص الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع الخ لصح تعريفه ولم يزد عليه شيئ لكنه لما كان ذلك كان ظاهرا في قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وح يرد على طرده وطي الصبية التي لا تشتهى ووطي المجنون والمكره بخلاف الصبي فان الجنس وطي الرجل فالاولى في تعريفه انه وطي مكلف طائع مشتهاة حالا او ماضيا في القبل بلا شبهة ملك في دار الاسلام فيخرج زنا الصبي والمجنون والمكره والصبية التي لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطي العجوز ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فانه زنا فلا يصدق عليه جنس التعريف وما اجيب به من ان زناها يدخل بطريق التبعية لسبب التمكين طوعا ان كان معناه ان لها زنا حقيقة وان ذلك التمكين هو مسمى زناها لغة وتسمى هي زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك في انه لا يشمله الجنس الذي هو وطي المكلف لانه ليس هو عين تمكين المرأة فيفسد الحد بحاله وكون فعلها تبعا لفعله انما هو في الوجود الخارجي والكلام في تناول اللفظ وان اريد انها لا تسمى زانية حقيقة اصلا وان تسميتها في قوله تعالى الزانية والزاني بطريق المجاز ولا حاجة الى انه تبع بل لا يجوز ادخاله في التعريف وعلى هذا كلام السرخسي والمص وغيرهما في مسئلة ما اذا امكنت البالغ

لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعرى عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرأوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية

العاقلة المسلمة مجنونا او صبيا على قول ابى حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سياتى وبما ذكرنا يظهر فساد ما اجاب بعضهم بان فعل الوطى امر مشترك بينهما واذا وجد فعل الوطى بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هذه واطئة ولذا سماها سبحانه زانية واعجب من هذا الجواب انه قال فى الايراد المذكور على التعريف مغالطة والقطع بان وطيه ليس يصدق على تمكينها بهو لهو فاذا جعل الجنس وطيا الرجل كيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئى الخارج اذا وجد من الرجل فى الخارج يستدعى فعلا آخر منها اذا كانت طائعة لا يقتضى ان اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق فالحق انها ان كانت زانية حقيقة واريد شمول التعريف لزناهما فلا بد من زيادة قوله او تمكينها بل يجب ان يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشتهاة حالا او ماضيا بلا ملك وشبهته او تمكينه من ذلك او تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى ادخلته فانهما يحدان فى هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين فادخلها وقوله لانه فعل الى آخره تعليل لاخذ عدم الملك وشبهته فى الزنا اى انما شرط ذلك لان الزنا محظور فلا بد فى تحقيقه من ذلك وقوله يؤيد الحديث اى يؤيد الامرين معا وذلك انه لما افاد عدم الحرمة المطلقة لسبب درء الحد بالشبهة افاد عدمها ودرء الحد عنه حقيقة الملك كما فى الجارية المشتركة بطريق اولى فهو بدلالته ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا وذكر انه فى الخلافيات للبيهقى عن على رضه وهو فى مسند ابى حنيفة رح عن مقسم عن ابن عباس رضه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات واسند ابن ابى شيبة عن ابراهيم هو النخعى قال عمر بن الخطاب رضه لان اعطل الحدود بالشبهات احب الى من ان اقيمها بالشبهات واخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رضه قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرءه ونقل عن ابن حزم عن اصحابهم الظاهرية ان الحد بعد ثبوته لا يحل ان يدرء بشبهة وشنع بان الآثار المذكورة لاثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شئ بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها واعل ما روى عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن ابى شيبة فانها معلولة باسحاق بن ابى فروة فاما التمسك بما فى البخارى من قوله عم ومن اجترء على ما يشك فيه من الاثم اوشك ان يواقع ما استبان والمعاصى حمى الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه فانما معناه ان من جهل حرمة شئ وحله فالورع ان يمسك عنه ومن جهل وجوب امر وعدمه فلا يوجبه ومن جهل اوجب الحد ام لا وجب ان يقيمه ونحن نقول ان الارسال لا يقدح وان الموقوف فى هذا له حكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه ان بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة فحيث ذكره صحابى حمل على الرفع وايضا فى اجماع فقهاء الامصار على ان الحدود تدرء بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وايضا تلقته الامة بالقبول وفى تتبع المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع فى المسئلة فقد علمنا انه عم قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كل ذلك يلقنه ان يقول نعم بعد اقراره بالزنا وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها تركه والا فلا فائدة ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال للسارق الذى جئ به اليه اسرقت ما اخاله سرق وللغامدية نحو ذلك وكذا قال على رضه لشراحة على ما اسلفناه لعله وقع عليك وانت نائمة لعله استكرهك لعل مولاك زوجك وانت تكتمينه وتتبع مثله من كل واحد يوجب طولا فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال فى درءه بلا شك ومعلوم ان هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار به الثبوت وهذا هو الحاصل من هذا الكلام

فالاولى تتحقق فی حق من اشتبه علیه لان معناه ان یظن غیر الدلیل دلیلا ولابد من الظن لیتحقق الاشتباه والثانیة تتحقق لقیام الدلیل النافی للحرمة فی ذاته ولا تتوقف علی ظن الجانی واعتقاده والحد یسقط بالنوعین لاطلاق الحدیث والنسب یثبت فی الثانیة اذا ادعی الولد ولا یثبت فی الاولی وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا فی الاولی وانما یسقط الحد لامر راجع الیه وهو اشتباه الامر علیه ولم یتحقق فی الثانیة فشبهة الفعل فی ثمانیة مواضع جاریة ابیه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهی فی العدة وبائنا بالطلاق علی مال وهی فی العدة وام ولد اعتقها مولاها وهی فی العدة وجاریة المولی فی حق العبد والجاریة المرهونة فی حق المرتهن فی روایة کتاب الحدود ففی هذه المواضع لاحد اذا قال ظننت انها تحل لی ولو قال علمت انها علی حرام وجب الحد والشبهة فی المحل فی ستة مواضع جاریة ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالکنایات والجاریة المبیعة فی حق البائع قبل التسلیم والممهورة فی حق الزوج قبل القبض والمشترکة بینه وبین غیره والمرهونة فی حق المرتهن فی روایة کتاب الرهن ففی هذه المواضع لا یجب الحد وان قال علمت انها علی حرام

ومن قوله ادرؤا الحدود بالشبهات فکان هذا المعنی مقطوعا بثبوته من جهة الشرع فکان الشاک فیه شاکا فی ضروری فلا یلتفت الی قائله ولا یعول علیه وانما یقع الاختلاف احیانا فی بعض انها هی شبهة صالحة للدرء اولا بین الفقهاء اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما یشبه الثابت ولیس بثابت وللفقهاء فی تقسیمها وتسمیتها اصطلاحات فالشافعیة الشبهة ثلاثة اقسام فی المحل والفاعل والجهة اما الشبهة فی المحل فوطی زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وامته قبل الاستبراء وجاریة ولده ولا حد فیه ولو وطی امته المحرمة علیه برضاع او نسب او صهریة کاخته او بنته منها او امه من الرضاع وموطوءة ابیه او ابنه یجب الحد علی الاظهر واما الشبهة فی الفاعل فمثل ان یجد امرأة علی فراشه فیطاها ظانا انها امرأته فلا حد واذا ادعی انه ظن ذلک صدق بیمینه واما الشبهة فی الجهة فقال الاصحاب کل جهة صححها بعض العلماء واباح الوطی بها لاحد فیها وان کان الواطی یعتقد التحریم کالوطی فی النکاح بلا ولی وبلا شهود واصحابنا قسموا الشبهة قسمین شبهة فی الفعل وتسمی شبهة اشتباه وشبهة مشابهة ای شبهة فی حق من اشتبه علیه دون من لم یشتبه علیه وشبهة فی المحل وتسمی شبهة حکمیة وشبهة ملک ای الثابت شبهة حکم الشرع بحل المحل **قوله** فالاولی تتحقق فی حق من اشتبه علیه ای من اشتبه علیه الحل والحرمة ولا دلیل فی السمع یفید الحل بل ظن غیر الدلیل دلیلا کما یظن ان جاریة زوجته تحل له لظنه انه استخدام واستخدامها حلال له فلابد من الظن والا فلا شبهة اصلا لفرض ان لا دلیل اصلا لتثبت الشبهة فی نفس الامر فلو لم یکن ظنه الحل ثابتا لم تکن شبهة اصلا والثانیة وهی الشبهة الحکمیة تتحقق لقیام الدلیل النافی للحرمة فی ذاته لقوله علیه السلام انت ومالک لابیک سواء ظن الحل او علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدلیل قائمة فی نفس الامر علمها احد او لم یعلمها **قوله** والحد یسقط بکل منهما لاطلاق الحدیث یعنی قوله ادرؤا الحدود بالشبهات **قوله** والنسب یثبت فی الثانیة ای فی شبهة المحل اذا ادعی الولد ولا یثبت فی الاولی وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا لفرض ان لا شبهة ملک الا ان الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو امر راجع الیه ای الی الواطی لا الی المحل وکان المحل لیس فیه شبهة حل فلا یثبت نسب بهذا الوطی ولذا لا یثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا قیل هذا غیر مجری علی عمومه فان المطلقة الثلاث یثبت النسب منها لانه وطی فی شبهة العقد ویکفی ذلک لاثبات النسب وفی الایضاح المطلقة بعوض والمختلعة ینبغی ان یکون کالمطلقة ثلثا قال شارح بل هو علی ظاهره وثبوت نسب المبتوتة عن ثلث او خلع لیس باعتبار وطی فی العدة بل باعتبار علوق سابق علی الطلاق ولذا ذکروا ان نسب ولدها یثبت الی اقل من سنتین ولا یثبت لتمام سنتین یعنی لانه اذا کان لاقل من سنتین امکن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما اذا کان لتمامها وانت علمت فی باب ثبوت النسب انها اذا جاءت به لتمام سنتین انما لا یثبت نسبه اذا لم یدعه اما اذا ادعاه فلانه قد نص علی انه یثبت ویحمل علی وطی فی العدة لشبهة والکلام هنا مطلق فی عدم ثبوت النسب معللا بانه زنا محض فلابد من الجمع بحمل احد النصین علی ما هو الاولی فی النظر وذلک بما ذکرنا من شبهة العقد بخلاف باقی محال شبهة الاشتباه کجاریة ابیه وامه ونحوهما فانه لا شبهة عقد فیها فلا یثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل فی ثمانیة مواضع ان یطأ جاریة ابیه وکذا جده وجدته وان علیا او زوجته او المطلقة ثلثا فی العدة بائنا علی مال وکذا المختلعة بخلاف البینونة بلا مال ففی من الحکمیة او ام ولد التی اعتقها وهی فی عدتها والعبد یطأ جاریة مولاه والمرتهن یطأ المرهونة فی کتاب الحدود وهو الاصح والمستعیر للرهن فی هذه بمنزلة المرتهن ففی هذه المواضع لاحد اذا قال ظننت انها تحل لی ولو قال علمت انها حرام علی وجب الحد ولو ادعی احدهما الظن والآخر لم یدع لاحد علیهما حتی یقرا جمیعا بعلمهما الحرمة لان الشبهة

ثم الشبهة عند ابي حنيفة رحمه تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك
في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل
وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف

اذا ثبتت في الفعل من احد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا
بائنا بالكنايات والجارية المبيعة اذا وطيها البائع قبل تسليمها الى المشتري والمجعولة مهرا اذا وطيها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة
لان الملك فيهما لم يستقر للزوج والمشتري والمالك كان مسلطا على وطيها بتلك اليد مع الملك وملك اليد ثابت والملك
الزائل متزلزل والمشتركة بين الواطي وغيره والمرهونة اذا وطيها المرتهن في رواية كتاب الرهن وعلمت انها ليست بالمختارة
ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام لان المانع هو الشبهة وهي هنا قائم في نفس الحكم اي الحرمة القائمة
بها فيها شبهة انها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحل على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك ونحوه والاعتبار
بمعرفته بالحرمة وعدمها وفي الايضاح في المرهونة اذا قال ظننت انها تحل لي ذكر في كتاب الرهن ان لا يحد وفي كتاب الحدود يحد
ولا يعتبر ظنه لانه استيفاء من عينها بل من معناها فلم يكن الوطي حاصلا في محل الاستيفاء فلا شبهة فعل وصار كالغريم
اذا وطي جارية الميت ووجه عامة الروايات انه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير مستوفيا ومالكا بالهلاك من وقت
الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع ووجه رواية كتاب الحدود ان عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهي
كالمستأجرة اجرة للخدمة ومقتضاه ان يجب الحد وان اشتبه الا ان ملك العين في الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن في الرهن
سببا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سببا لملك المتعة وبخلاف المبيع بالخيار فانه يفيد الملك حال
قيام الجارية بخلاف المرهونة لا يفيد الملك مع هلاكها فلا يتصور كون ملكها سببا للاستمتاع بها فكان كملك المنفعة هذا وقد دخل في سبب الملك صور مثل وطي جارية
عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطي البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار للمشتري وينبغي
ان يزاد جاريته التي هي اخته من الرضاع وجارية قبل الاستبراء والاستبراء يفيد كغير ذلك ايضا كالزوجة التي حرمت بردتها
او بمطاوعتها لابنه او جامعها امها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن ان
يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيها قوله ثم الشبهة عند ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد
متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم فصارت الشبهة
على قول ابي حنيفة ثلث شبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة العقد وكذا قسمها في المحيط وذكر في شبهة العقد ان يطأ التي
تزوجها بغير الشهود او بغير اذن مولاها وهي امة او وطي العبد من تزوجها بغير اذن مولاه قال ولو تزوج امة على حرة او مجوسية
او خمسا في عقد او جمع بين اختين او وطي وقال علمت انها حرام لا حد عليه عند ابي حنيفة وعندهما يجب الحد قوله وقد نطق
الكتاب لانتفاء الحل فاذا قال فان طلقها يعني الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول
المخالف فيه اي في الحل وهم الامامية والزيدية القائلون بان الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجها لانه خلاف
بعد تقرر الاجماع فلا يعتبر لا اختلاف كائن بين الامة حال تردد الموافقة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعتبر وهذا لما قدمناه في اول كتاب الطلاق
من ان اجماع الصحابة تقرر في زمن عمر رض على ذلك وان الاحاديث الواردة في انها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة الى آخر ما العلم فيما سلفناه

ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطيها في العدة وقال علمت انها على حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رض فيه فمن مذهب عمر رض انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطي جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها على حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الجد ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه

وصح عن علي رض وقوع الثلاث خلاف ما نقلوا عنه ثم لا يخفى ان ترتيب المص بالفاء بقوله فلا يعتبر انما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل في الكتاب لما اذا وقع الثالثة بعد ثنتين ولا خلاف لاحد فيها انما خلافهم في الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص **قوله** ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم بقيام العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها وكذا يحرم عليه نكاح اختها واربع سواها ويمتنع شهادة كل منهما لصاحبه فامكن ان يقيس حل الوطي على بعض هذه الاحكام فيجعل الاشتباه عليه عذرا في سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطي امرأة اجنبية وقال ظننت انها تحل لي جارية اجنبية على ما ياتي لانه في غير موضعه **قوله** وام الولد اذا اعتقها مولاها وهي في العدة والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلثا لثبوت الحرمة بالاجماع يريد حرمة ان يطأها في العدة بخلاف الرجعية فانه لا اجماع في حرمته وبخلاف ما اذا طلقها بالكناية كان قال انت خلية او امرك بيدك فاختارت نفسها ونحوه ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لا يحد لاختلاف الصحابة بالكناية فمن مذهب عمر رض انها اي الكنايات رجعية وكذا عن ابن مسعود وفي مصنف عبد الرزاق ثنا الثوري عن منصور ثني ابراهيم عن علقمة والاسود ان ابن مسعود رض جاء اليه رجل فقال كان بيني وبين امرأتي كلام فقالت لو كان الذي بيدك من امري بيدي لعلمت كيف اصنع قال فقلت لها قد جعلت امرك بيدك فقالت انا طالق ثلثا قال ابن مسعود اراها واحدة فانت احق بالرجعة وسألت امير المؤمنين عمر رض فقال ماذا قلت قال قلت اراها واحدة وهو احق بها قال فانا ارى ذلك وزاد من طريق آخر ولو رأيت غير ذلك لم تصب واخرج ابن ابي شيبة عنهما في مصنفه انهما قالا في البرية والخلية وهي مطلقة واحدة وهو املك برجعتها فاخرج محمد بن الحسن في الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي ان عمر بن الخطاب رض وعبد الله بن مسعود رض كان يقولان في المرأة اذا خيرها زوجها فاختارته فهي امرأته وان اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها املك بها ومن مذهب علي في خلية وبرية انها ثلث على ما اخرجه عنه ابن ابي شيبة الى غير ذلك مما عن غيرهم فيها انها واحدة او ثلث والله اعلم وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه انما هو في كونه فسخا او طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فان لم يقل احد ان المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا وكذا لو نوى ثلثا بالكناية فوقعن فوطيها في العدة عن الطلاق الثلث وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف ان تحققها لقيام الدليل والثابت ههنا قيام الخلاف ولم يعتبره ابو حنيفة حتى لم يحقق النجاسة به فوجهه ان قول المخالف عن دليل قائم البتة وان كان غير معمول به كما ان قوله عم انت ومالك لابيك غير معمول به في اثبات حقيقة ملك الاب لمال ابنه نفسه وهذه المسئلة ثانية فيقال مطلقة ثلث وطيت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد وهي ما وقوع الثلاث عليها بالكناية **قوله** ولا حد على من وطي جارية ولده وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابيه حال قيام ابنه وتقدمت هذه المسئلة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاد وهذا لان الشبهة حكمية لانها عن دليل هو ما رواه ابن ماجة عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذري عن جابر ان رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وابي يريد ان يجتاح مالي قال انت ومالك لابيك واخرج الطبراني في الاصغر والبيهقي في دلائل النبوة عن جابر جاء رجل اليه عم فقال يا رسول الله ان ابي يريد ان ياخذ مالي فقال عم ادعه اليه فلما جاء قال عم ان ابنك يزعم

ومن وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حد
وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع محتمل فكان شبهة اشتباه الا انه
زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع في ظاهر الرواية لان الفعل واحد

اتلف هذا المال فقال سله هل هو الا عمات او قرابة او ما انفقه على نفسي وعيالي قال فهبط جبرئيل عليه السلام فقال يا رسول الله ان الشيخ قال في نفسه شعرا لم تسمعه اذناه فقال قل له قلت في نفسك شعرا لم تسمعه اذناك فهاته فقال لا يزال يزيدنا الله بك بصيرة ويقينا ثم انشأ يقول غذوتك مولودا ومنتك يافعا تعل بما اجني عليك وتنهل اذا ليلة ضافتك بالسقم لم ابت لسقمك الا ساهرا اتململ تخاف الردى نفسي عليك وانها لتعلم ان الموت حتم مؤجل كاني انا المطروق دونك بالذي طرقت به دوني فعيناي تهمل فلما بلغت السن والغاية التي اليها مدى ما كنت فيك اؤمل جعلت جزائي غلظة وفظاظة كانك انت المنعم المتفضل فليتك اذ لم ترع حق ابوتي فعلت كما الجار المجاور يفعل قال فبكى صلى الله عليه وسلم ثم اخذ بتلبيب ابنه وقال اذهب انت ومالك لابيك وروى حديث جابر الاول من طرق كثيرة وقول المصنف بعد هذا ويثبت النسب يقتضي باطلاقه ان يثبت نسب ولد الجارية من وطئ والده وجده وان كان ولده الذي هو سيد الامة حيا فانه قال في وضع المسئلة لا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده ثم قال ويثبت النسب اي من الواطئ جارية ولده وولد ولده لكنه انما اراد من واطئ جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية ولو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حيوة الاب وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابي الليث وحد اذا زنى بجارية نافلته والاب في الاحياء وقال ظننت انها علي حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطه وانه سقط عليه لفظة لا لان جميع الشارحين لهذا الكتاب مصرحون بعدم ثبوته ونفس ابي الليث صرح في شرح الجامع الصغير انه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به في الكافي وفي المبسوط ان من وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم يثبت دعوة الجد اذا كذبه ولد الولد لان صحة الاستيلاد تبتنى على ولاية نقل الجارية الى نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حيوة الاب ولكن ان اقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم انه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شئ على الجد من قيمة الامة لانه لم يتملكها وعليه العقر لان الوطئ ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهي البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة اشهر لانا علمنا ان العلوق كان في حيوة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعد موته لستة اشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن الابن او كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب في الولاية فله ان ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد

قوله واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وعند زفر يحد لقيام الوطئ الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بما يظنه الفاسد كما لو وطئ جارية اخته او عمه على ظن الحل وكذا اذا وطئ جارية مولاه فقال ظننت انها تحل لا يحد وان قال علمت حرمتها حد لان بين هؤلاء اي بين الانسان وبين ابيه وامه وزوجته والعبد وامة سيده انبساطا في الانتفاع فظن ان معه الاستمتاع بخلاف ما بين الانسان واخيه وعمه على ما ياتي فكان شبهة اشتباه الا انه زنى حقيقة فلا يحد قاذفه قوله وكذا الجارية اي اذا قالت الجارية ظننت ان عبد مولاي او ابن مولاي او مولاي يحل لي او زوج سيدتي وكذا في الاخريين والفحل لم يدع ذلك لا يحد في ظاهر الرواية لان الفعل واحد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يحد الفحل لان الشبهة انما تمكنت في التبع وهي المرأة لانها تابعة للزنا فلا تكون متمكنة

وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطيها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك على رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رح لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطيها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا كان دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل

في الاصل بخلاف ثبوتها في جانب العبد اذا قال ظننت حلها لان الثبوت في الاصل يستتبع التبع واجيب بان الفعل لما كانت واحدا نسبته اليهما كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه واورد عليه ما في البالغ لصبية يحد بودونها واجيب بان سقوط الحد عن الصبية لا لشبهة في الفعل فانه لم يثبت شبهة فوجب الحد عليه وانما تعذر ايجابه عليها لانها ليست اهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فان الشبهة لما تحققت في الفعل ثبتت الحد عنه فيه اذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب الولد بالوجارت به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة انه ولده **قوله** فان وطئ جارية اخيه او عمه ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة ومعنى هذا انه علم ان الزنى حرام لكنه ظن ان وطيه هذه ليس زنى محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد ان يعلم ان الزنا حرام وانما يفيده مسئلة الحربي اذا دخل دار الاسلام فاسلم فزنى وقال ظننت انه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله اول يوم دخل الدار لان الزنا حرام في جميع الاديان والملل لا يختلف في هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم اصلي انه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو اراد ان المعنى ان شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان تعليل الحد وعدمه او غير صحيح لان الشرع لما اوجب على الامام ان يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا في نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزاني ان يحد نفسه ولا ان يقر بالزنا بل الواجب عليه في نفس الامر بينه وبين الله تعالى التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد على الامام هذا واورد انه لو سرق من بيت اخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر ان بينهما انبساطا اجيب بان القطع منوط بالاخذ من الحرز والدخول في بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة ينفي معنى الحرز فانتفى القطع اما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا **قوله** ومن زفت اي بعثت اليه غير امرأته وقال النساء هي زوجتك فوطيها لا حد عليه وعليه المهر وهذه اجماعية لا نعلم فيها خلافا ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطي ولا يثبت من الوطي عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه انها شبهة دليل فان قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطي فان قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطي الامة اذا جاءت الى رجل وقالت مولاي ارسلني اليك هدية فان كان دليلا غير صحيح في الواقع اوجب الشبهة التي يثبت معها النسب على المزفوفة العدة **قوله** ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف فان احصانه لا يسقط عنده بهذا الوطي لانه وطيها على انه نكاح صحيح معتمد دليلا ولذا يثبت النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطيا حلالا ظاهرا واجيب بانه لما تبين خلاف الظاهر لم يبق الظاهر معتبرا في ايراث الشبهة وبها سقط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل انه لو اعتبر شبهة اشتباه اشكل عليه ثبوت النسب واطلقوا ان فيها لا يثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى انه لو قال علمتها حراما علي لعلمي بكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه والحق انه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضياه ثبوت الملك كحوانت ومالك لابيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير انه يستثنى من الحكم المرتب عليها اعني عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من احكام الشبهتين **قوله** ومن وجد امرأة على فراشه فوطيها فعليه الحد خلافا للائمة

ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة رح ولكنه يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد إذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما إذا أضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات

الثلاثة مالك والشافعي واحمد قاسوها على الزفوفة بجامع ظن الحل ولنا ان المسقط شبهة ولا شبهة هنا اصلا سوى ان وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة من حبائبها الزائرات وقراباتها فلم يستند الظن الى دليل الا انه قد ينام على الى يصلح دليل حل فكان كما لو ظن المستاجرة للخدمة والمودعة حلا له فوطئها فانه يحد قال وكذا اذا كان اعمى ان الموجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن اليه وتمييزه يحصل بالنغمة والحركات المالوفة فيحد ايضا الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل وجازت به النغمة خصوصا لو لم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت انا زوجتك لانها لو لم تقله بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لانه يمكن التمييز باكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في الطمأنينة النفس الى انها هي **قوله** ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها بان كانت من ذوي محارمه بنسب كامه وابنته فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وان قال علمت انها علي حرام ولكن يجب المهر ويعاقب عقوبة هي اشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا اذا كان عالما بذلك واذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير وقالا والشافعي اي ابو يوسف ومحمد والشافعي ومالك واحمد يجب حده اذا كان عالما وكان يجب ان يوسط الضمير المنفصل فيقول فقالا هما والشافعي لما عرف ان العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز الا ان يفصل بضمير منفصل او غيره على قول والا فشاذ ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع او صهرية متفق عليه واما غير ذلك ففي الكافي للحافظ الدين منكوحة الغير ومعتدته ومطلقة الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج امة على حرة او تزوج مجوسية او امة بلا اذن سيدها او تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا اما عنده فظاهر وكذا عندهما لان الشبهة انما تنتفي عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التابيد وفي بعض الشروح اراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة واخت المرأة في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد والامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذه لا يجب الحد عند ابي حنيفة رح وان قال علمت انها علي حرام وعندهم يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التابيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح في محل الخلاف فعندهما يحد واضاف الى ذلك ما سمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحريم على التابيد لكن قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية وما معها لان الشبهة انما تنتفي عندهما يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التابيد يقتضي ان لا يحد عندهما في تزوج منكوحة الغير وما معها لانها ليست محرمة على التابيد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كما ان حرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو اسلمت حلت كما ان تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وانه لا يحد عندهما الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يغلب على ظني والذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر لم يذكروا كذلك فحكى ابن المنذر عنهما انه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غير ذلك قال مثل ان يتزوج مجوسية او خامسة او متعة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها

ولابی حنیفۃ رح ان العقد صادف محلہ لان محل التصرف ما یقبل مقصودہ والانثی من بنات بنی آدم قابلۃ
للتوالد وهو المقصود فکان ینبغی ان ینعقد فی حق جمیع الاحکام الا انہ تقاعد عن افادۃ حقیقۃ الحل فیورث
الشبھۃ لان الشبھۃ ما یشبہ الثابت لا نفس الثابت الا انہ ارتکب جریمۃ ولیس فیہا حدّ مقدّر فیعزر

فدخل بہا قال لاحد علیہ وان فعلہ علی علم لم یحد ایضا ویوجع عقوبۃ فی قول ابی حنیفۃ وقال ابو یوسف ومحمد ان علم بذلک فعلیہ الحد فی
ذوات المحارم الی ہنا لفظہ فہم فی المراۃ التی لا تحل لہ فی سقوط الحد علی قول ابی حنیفۃ ثم خص مخالفہما بذوات المحارم من ذلک العموم فاللفظ
ظاہر فی ذلک علی ما عرف فی الروایات وفی مسئلۃ المحارم روایۃ عن جابر رض انہ تضرب عنقہ ونقل عن احمد واسحاق واہل الظاہر وقصر ابن حزم
قتلہ علی ما اذا کانت امراۃ ابیہ فقصر الحدیث الآتی علی مورده ولاحد بضرب عنقہ فی روایۃ اخرے ویوخذ مالہ لبیت المال وذلک
لحدیث البراء قال لقیت خالی ومعہ رایۃ فقلت لہ این ترید قال بعثنی رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم الی رجل نکح امراۃ ابیہ ان اضرب
عنقہ واخذ مالہ وہذا الحدیث رواہ ابو داؤد والترمذی وقال حدیث حسن وروی ابن ماجۃ عن ابن عباس رض قال قال رسول اللہ
صلی اللہ علیہ وسلم من وقع علی ذات محرم منہ فاقتلوہ واجیب بان معناہ انہ عقد مستحلا فارتد بذلک وہذا لان الحد لیس ضرب
العنق واخذ المال بل ذلک لازم للکفر وفی بعض طرقہ عن معاویۃ بن قرۃ عن ابیہ ان النبی صلی اللہ علیہ وسلم بعث جدہ معاویۃ الی
رجل عرس بامراۃ ابیہ ان یضرب عنقہ ویخمس مالہ وہذا یدل علی انہ استحل ذلک فارتد بہ ویدل علی ذلک انہ ذکر فی الحدیث عرس بہا
وتعریسہ بہا لا یستلزم وطیہ ایاہا وغیر الوطی لا یحد بہ فضلا عن القتل فحیث کان القتل کان للردۃ وہذا لا یخلو من نظر فان الحکم لما کان
عدم الحد والقتل بغیر الوطی کان قتلہ جائزا کونہ لوطیہ وکونہ لردتہ فلا یتعین کونہ للردۃ ویجاب بانہ ایضا لا یتعین کونہ للوطی فلا دلیل فیہ
علی احدہما بعینہ وذلک یکفینا وقالوا اجاز فیہ احد الامرین انہ للاستحلال او امر بذلک سیاسۃ وتعزیرا وجہ القائل بالحد انہ وطی
فی فرج مجمع علی تحریمہ من غیر ملک ولا شبہۃ ملک والواطی اہل للحد عالم بالتحریم فتجب الحد کما لو لم یوجد العقد ولیس العقد شبہۃ
لانہ نفسہ جنایۃ ہنا یوجب العقوبۃ انضمت الی الزنا فلم تکن شبہۃ کما لو کرہہا وعاقبہا ثم زنی بہا ومدار الخلاف ان ہذا العقد یوجب
شبہۃ ام لا فعندہم لا لما ذکر وعند ابی حنیفۃ وسفیان وزفر نعم ومدار کونہ یوجب شبہۃ علی انہ ورد علی ما ہو محلہ او لا فعندہم لا لان
محل العقد ما یقبل حکمہ وحکمہ الحل وہذہ من المحرمات فی سائر الحالات فکان الثابت صورۃ العقد لا انعقادہ لانہ لا انعقاد فی غیر المحل
کما لو عقد علی ذکر وعندہ نعم لان المحلیۃ لیست بقبول الحل بل بقبول المقاصد من العقد وہو ثابت ولذا صح من غیرہ علیہا وبتامل
یسیر یظہر انہم لم یتواردوا علی محل واحد فی المحلیۃ فہم حیث نفوا محلیتہا ارادوا بالنسبۃ الی خصوص ہذا العاقد ای لیست محلا للعقد من ہذا العاقد
ولذا عللوہ بعدم حلہا ولا شک فی حلہا لغیرہ بعقد النکاح لا محلیتہا للعقد من حیث ہو العقد وہو من حیث اثبت محلیتہا اراد محلیتہا لنفس العقد لا بالنظر
الی خصوص عاقد ولذا علل بقبولہا مقاصدہ فان قلت فقد اطلق الکل من الحنفیۃ فی الفقہ والاصول عدم محلیۃ المحارم لنکاح المحرم ففی الاصول
حیث قالوا ان النہی عن المضامین والملاقیح ونکاح المحارم مجاز عن النفی لعدم محلہ فی الفقہ کثیر ومنہ قولہم محل النکاح انثی من بنات آدم لیست
من المحرمات فالجواب ان المراد نفی المحلیۃ لعقد النکاح الخاص وانت علمت ان ابا حنیفۃ انما اثبت محلیتہا للنکاح فی الجملۃ لا بالنظر الی خصوص ناکح
ولا شک فی ذلک یبقی النظر فی ان ای الاعتبارین فی ثبوت المحلیۃ اولی لکونہ قابلا للمقاصد او کونہ حلالا ان نظرنا الی المعنی وہو ان الاصل ان یتبع
المحل قیام الحاجۃ لتندفع بہ وہو المقصود ترجح قولہ او الی السمع اعنی محل الاجماع وہو قول الکل ان المیتۃ لیست محلا للبیع ما انہا انما فیہا عدم المحل
ترجحا او قد رجح قول ابی حنیفۃ رح بقولہ صلی اللہ علیہ وسلم ایما امراۃ نکحت بغیر اذن ولیہا فنکاحہا باطل فان دخل بہا فلہا المہر

ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج يعزر لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند
أبي حنيفة رحمه الله ويعزر وقال في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا
الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الأعلى والأسفل ولهما أنه في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء

بها تحل من غيرها حكم بأنه شبهة في وجوب المهر وهو مسقط للحد باتفاق وكونه لا يحتد على ظاهره لا يضر لأنه بأولها وليس أحدهما أنه آيل إلى البطلان
باعتراض الولي ان كان من غير كفؤ والآخر تخصيصه بأن الكفؤ ليس للمرأة وتزويجها على نفسها كالأمة والصبية وعلى هذا فهو باطل على ظاهره وهو أقرب للتأويل وليس لعدم قوة
فسخ ولي السبب عنده أنه ثابت من وجه فلم يوثر نفسا مستندا قد حكم فيه المهر ولا محل لكن في الخلاصة قال الفتوى على قولهما ولعل وجه ان تحقق الشبهة يقتضي
تحقق الحل من وجه لأن الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن قلنا ليس ثابتا من وجه ولا وجبت العدة وثبت النسب ودفع بأن من المشايخ
من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة أقل ما يبتنى به وجود الحل من وجه وهي منتفية في المحارم وشبهة الحل ليس
ثبوت الحل من وجه فإن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت لما لا شبهة الثبوت بوجه من الوجوه ألا ترى أن أبا حنيفة
الزم عقوبته بأشد ما يكون وإنما لم تثبت عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض عنده إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه ومع شبهة العقد
ما إذا استأجرها ليزني بها ففعل لا حد عليه ويعزر وقالا هما والشافعي ومالك وأحمد يحد لأن عقد الإجارة لا يستباح به البضع فصار كما لو استأجرها
للطبخ ونحوه من الأعمال ثم زنى بها فإنه يحد اتفاقا ولأن المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الإجارة لكنه في حكم العين فبالنظر
إلى الحقيقة يكون محلا للعقد الإجارة فأورث شبهة بخلاف الاستئجار للطبخ ونحوه لأن العقد لم يضف إلى المستوفى بالوطء والعقد
المضاف إلى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر وفي الكافي لو قال أمهرتك كذا لأزني بك لم يجب الحد وكذا لو قال استأجرتك أو خذي
هذه الدراهم لأطأك والحق في هذا كله وجوب الحد إذ المذكور معنى يعارضه كتاب الله الزانية والزاني فاجلدوا فالمعنى الذي يفيد أن فعل الزنا
مع قوله أزني بك لا يحد معه للفظ المهر معارض له قوله من وطئ أجنبية فيما دون الفرج بأن أولج في سرتها أو بطنها ونحوه ليس المراد ما يعم الدبر
بل هي المسئلة الآتية يعزر لأنه منكر محرم ليس فيه تقدير ففيه التعزير ومثله ما إذا أتت امرأة امرأة أخرى فإنهما يعزران كذلك قوله ومن أتى
امرأة أي أجنبية في دون الفرج في الموضع المكروه أي دبرها أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت أو يتوب ولو
اعتاد اللواطة قتله الإمام محصنا كان أو غير محصن سياسة أما الحد المقدر شرعا فليس حكما له وقالا هو كالزنا فيحد جلدا إن لم يكن محصنا
ويلزم فيه حكم الزنا فيحد جلدا إن لم يكن محصنا ورجما إن كان محصنا وذكر في الذخيرة أن الخلاف في الغلام أما لو وطئ امرأة في دبرها حد بلا خلاف
والأصح أن الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحد إجماعا كذا في الكافي
نعم فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده والرأي إلى الإمام ذلك لكن للشافعي في عبده وأمته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة
في الجنة أي هل يجوز كونها فيها قيل إن كان حرمتها عقلا وسمعا لا يكون وإن سمعا فقط جاز أن تكون والصحيح أنها لا تكون فيها لأنه تعالى استبعده
واستقبحه فقال ما سبقكم بها من أحد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنها وقال الشافعي في قول
يقتلان في وجه بالسيف بكل حال أي بكرين كانا أو ثيبين وفي وجه يرجمان بكل حال وبه قال مالك وأحمد في قول آخر وهو الصحيح
من مذهبه يحد جلدا وتغريبا إن كان بكرا ورجما إن أحصن ووجه القتل ما روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن عبد العزيز بن
محمد الدراوردي عن عمرو بن أبي عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه
يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به قال الترمذي إنما يعرف هذا من حديث ابن عباس عنه عمرو من هذا الوجه ورواه محمد بن إسحاق

ولہ انہ لیس بزنا لاختلاف الصحابة فی موجبہ من الاحراق بالنار وہدم الجدار والتنکیس من مکان مرتفع باتباع الاحجار وغیر ذلک ولاہو فی معنی الزنا لانہ لیس فیہ اضاعة الولد واشتباہ الانساب وکذا ہو اندر وقوعا لانعدام الداعی فی احد الجانبین والداعی الی الزنا من الجانبین وما رواہ محمول علی السیاسة او علی المستحل الا انہ یعزر عندہ لما بیناہ

عن عمر بن ابی عمرو فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم یذکر فیہ القتل وروی عن عاصم بن عمر عن سہیل بن ابی صالح عن ابیہ عن ابی ہریرة عنہ علیہ السلام قال اقتلوا الفاعل والمفعول بہ وفی اسنادہ مقال ولا نعلم احدا رواہ عن سہیل بن ابی صالح غیر عاصم بن عمر العمری وہو یضعف فی الحدیث من قبل حفظہ واصحاب السنن رواہ احمد فی مسندہ والحاکم وقال صحیح الاسناد وقال البخاری عمر بن ابی عمرو صدوق لکنہ روی عن عکرمة مناکیر وقال النسائی لیس بالقوی وقال ابن معین ثقة ینکر علیہ حدیث عکرمة عن ابن عباس عنہ علیہ السلام اقتلوا الفاعل والمفعول بہ وقد اخرج لہ الجماعة واخرجہ الحاکم بطریق آخر وسکت عنہ وتعقبہ الذہبی بان عبد الرحمن العمری ساقط واذا کان الحدیث بہذا الشان من التردد فی امرہ لم یجز ان یقدم بہ علی القتل مستمرا علی انہ حد ولو سلم حمل علی قتلہ سیاسة ولہما انہ فی معنی الزنا لانہ قضاء الشہوة فی محل مشتہی علی وجہ الکمال المجرد قصد سفح الماء بل ابلغ حرمة وتضییعا للماء لان الحرمة قد تنکشف بالزنا بالعقد وقد یتوہم الولد فیہ بخلاف اللواطة فیہا فیثبت حکم الزنا لہ بدلالة نص حد الزنا لا بالقیاس ولابی حنیفة انہ لیس بزنا ولا معناہ فلا یثبت فیہ حدہ وذلک لان الصحابة اختلفوا فی موجبہ فمنہم من اوجب فیہ التحریق بالنار ومنہم من قال یہدم علیہ الجدار ومنہم من نکسہ من مکان مرتفع مع اتباع الحجارة فلو کان زنا فی اللسان او فی معناہ لم یختلفوا بل کانوا یتفقون علی ایجاب حد الزنا علیہ فاختلافہم فی موجبہ وہم اہل اللسان اول دلیل علی انہ لیس من یسمی بلفظ الزنا لغة ولا معناہ واما الاستدلال بقول القائل من کف ذات حر فی زی ذی ذکر لہا محبان لوطی وزنا فلعدم معرفة من ینسب الیہ نعم وقول من قال ان اہل اللغة فرقوا بینہما حیث قال قائلہم من کف ذات حر فی زی ذی ذکر لہا محبان لوطی وزنا غلط وذلک انہ لیس لعربی بل ہو من شعر ابی نواس کان مولدا لا یثبت اللغة بکلامہ فی قصیدتہ التی اولہا دع عنک لومی فان اللوم اغراء ÷ وداونی بالتی کانت ہی الداء ÷ وہی قصیدة معروفة فی دیوانہ مع انہ ینبغی الشریعة عن امثالہ تطہیر کتبنا وایضا لا یثبت دلالة لان المعنی المحرم فی الزنا لیس اضاعة الماء من حیث ہو اضاعة الماء من حیث ہو اضاعة لجواز العزل بل افضاؤہ الی اضاعة الولد الذی ہو ہلاک معنی فان ولد الزنا لیس لہ اب یربیہ والام بمفردہا عاجزة عنہ فیثبت علی سوء الاحوال ولانہ قد یدعیہ بعض السفہاء وان لم یثبت نسبہ شرعا فیختص بہ وینفعہ ویشتبہ من ہولہ فیقع التقاتل والفتنة ولیس شیء من ذلک فی اللواطة وکذا ہو اندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعی فی الجانبین علی الاستمرار بخلاف الزنا المتحقق من الجانبین فیہ علی وجہ الاستمرار لقدرة وقوع الزنا بالصبیة لا تشتہی اصلا او قل ما یکون ذلک ولا عبرة بالکدیة الحرمة فی ثبوت عین موجب الآخر ولذا لا یحد بشرب البول المجمع علی نجاستہ ویحد بشرب الخمر فیلزم من ہذا ان لا یثبت الحد بطریق الدلالة الا اذا کان فی المساوی من کل وجہ دون الاعلی بل ذلک قد یکون لہ زاجر اقوی وقد لا الا الیاد وعقاب الآخرة واما تخریج ما عن الصحابة فروی البیہقی فی شعب الایمان من طریق ابن ابی الدنیا ثنا عبد اللہ بن عمر ثنا عبد العزیز بن ابی حازم عن داود بن بکر عن محمد بن المنکدر ان خالد بن الولید کتب الی ابی بکر انہ وجد رجلا فی بعض نواحی العرب ینکح کما تنکح المرأة فجمع ابو بکر رضی الصحابة فسألہم فکان من اشدہم فی ذلک قولا علی رضی قال ہذا ذنب لم یعص بہ الا امة واحدة صنع اللہ بہا ما علمتم تری ان نحرقہ بالنار فاجتمع رأی الصحابة علی ذلک قال ورواہ الواقدی فی کتاب الردة فی آخر ردة بنی سلیم وروی ابن ابی شیبة فی مصنفہ ثنا غسان بن مضر عن سعید بن یزید عن ابی نضرة قال سئل ابن عباس رضی ما حد اللواطة قال ینظر اعلی بناء فی القریة فیرمی منہ منکسا ثم یتبع بالحجارة ورواہ البیہقی ایضا من طریق

[illegible]

ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي رح يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا يقام الحدود في دار الحرب

ابن ابي الدنيا وكان ماخذ هذا ان قوم لوط اهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ولا شك في اتباع الهدم بهم وهم نازلون وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يجلسان في انتن المواضع حتى يموتا نتنا واما استدلالهم بتسميتها فاحشة في قوله تع اتاتون الفاحشة ما سبقكم بها من احد من العالمين فمدفوع بان الفاحشة لا تختص لغة بالزنا قال تع ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقول المص انه يعزر لما بينا من انه منكر ليس فيه شيء مقدر قوله ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه وكذا اذا زنى ببهيمة لانه الزجر وانما يحتاج الى الزجر فيما طريق وجوده منفتح مسالك وهذا ليس كذلك لانه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وان اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشهوة فلا يفتقر الى الزاجر لزجر الطبع عنه قوله ولهذا لا يجب ستره في البهيمة الا انه يعزر لما بينا انه منكر ليس فيه تقدير شرعي ففيه التعزير والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع امتداد التحدث به كلما رؤيت فيتاذى الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت وهي مما لا تؤكل ضمن قيمتها ان كان ملكها غيره لانها ذبحت لاجله وان كان مما تؤكل اكلت وضمن عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح لا تؤكل والمراد بالمروي ما روى اصحاب السنن الاربعة عن عكرمة عن ابن عباس رض عنه عم من اتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها قلت له ما شان البهيمة قال ما اراه قال ذلك الا انه كره ان يؤكل لحمها او ينتفع بها وقد عمل بها ما عمل ولعل قول ابن عباس رض هذا هو المتمسك لابي يوسف في عدم اكلها الا ان المعنى الذي عينه الاصحاب من قطع التعيير اقرب الى النفس رواه ابن ماجه عن ابراهيم بن اسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن ابي عمرو وتقدم الكلام على عمرو هذا واما ابراهيم بن اسماعيل بن ابي حبيبة فقال احمد ثقة وقال البخاري منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعف ابو داود هذا الحديث بطريق آخر وهو انه روي عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس موقوفا عليه ليس على الذي ياتي البهيمة حد وهو الذي روي عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلها وبالمذكور آنفا ومحال ان يروي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم القتل ثم يخالفه وكذا اخرجه الترمذي والنسائي وقال الترمذي هذا اصح من الاول ولفظه من اتى بهيمة فلا شيء عليه اخرج الحاكم حديث عمرو بن ابي عمرو بزيادة وقال صحيح الاسناد قوله ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا فاقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد وعند الشافعي ومالك رحم يحد لانه التزم باسلامه احكام الاسلام اينما كان مقامه قلنا سلمنا انه ملتزم للاحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمة بالتزامه احكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه ذلك تسليم نفسه اذا وجب عليه الحد عند القاضي فيقضي باقامته عليه وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام عند ثبوته عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع فالوجه ان يقال وجب على الامام الاقامة على الزاني مطلقا اينما كان زناه خرج لقول اتسع بالنص وهو قوله عم لا تقام الحدود في دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للامام عليه حال كونه في دار الحرب فلا وجوب ولا يعرى عن الفائدة لان المقصود الاستيفاء ليحصل الزجر والغرض ان لا قدرة عليه واذا خرج والحال انه لم ينعقد سببا للايجاب على وجه فلم ينقلب موجبا حال عدمه واما الحديث المذكور وهو قوله عم لا تقام الحدود في دار الحرب فلم يسلم له وجود وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من زنى او سرق

ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا يقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزى من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة

في دار الحرب اصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد والله اعلم به وعن الشافعي قال قال ابو يوسف ثنا بعض اشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة ان يلحق اهلها بالعدو وقال وحدثنا بعض اصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمير عن عمر بن الخطاب رضه كتب الى عمير بن سعد الانصاري والى عماله ان لا يقيموا الحدود على احد من المسلمين في ارض الحرب حتى يخرجوا الى ارض المصالحة قال الشافعي ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت وانت تعلم ان هذا نوع انقطاع ومعتقد ابي يوسف انه داخل في الارسال وان حذف الشيخ لا يكون من العدل المجتهد الا للعلم بثقته ولا يضر على مبنى المرسل شيء من ذلك بعد كون المرسل من ائمة الشان والعدالة وهذا الاخير رواه ابن شيبة في مصنفه ثنا ابن المبارك عن ابي بكر بن ابي مريم عن حكيم بن عميرة وزاد لئلا تحمله حمية الشيطان ان يلحق بالكفار انتهى اثر آخر رواه ابن شيبة ايضا ثنا ابن المبارك عن ابي بكرة بن عبد الله بن ابي مريم عن حميد بن ابي عتبة بن رومان ان ابا الدرداء نهى ان يقام على احد حد في ارض العدو واخرج ابو داؤد والترمذي والنسائي عن بشر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الايدي في السفر انتهى ولفظ الترمذي في الغزو وقال الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند بعض اهل العلم منهم الاوزاعي يرون ان لا يقام الحد في الغزو بحضرة العدو مخافة ان يلحق من يقام عليه الحد بالعدو فاذا رجع الامام الى دار الاسلام اقام عليه الحد واعلم ان مع الاوزاعي احمد واسحاق فمذهبهم تاخير الحد الى القفول وبشر بن ارطاة ويقال ابن ابي ارطاة اختلف في صحبته قال البيهقي في المعرفة اهل المدينة ينكرون سماع بشر من النبي صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن معين يقول بشر بن ارطاة رجل سوء قال البيهقي وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال اهل الحرة انتهى فلو انه سمعه منه عرم لا تقبل رواية من رضي ما وقع عام الحرة وكان من اعوانها والحق ان هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب العمل معللة بمخافة لحاق من اقيم عليه باهل الحرب وانه يقام اذا خرج وكونه يقيمه اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب فان قيل ليس معنى قوله في الآثار المتقدمة حتى تخرجوا الى ارض المصالحة انه ح يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل انه اذا صار الارض المصالحة ح يقيم عليه حد الزنا اذا زنى قلنا اظهر احتمالين الاول ولو سلم احتمالها على السواء فلا يترجح الثاني وعلى اعتبار الاحتمال الاول هو خلاف المذهب مع انها معارضة بما اخرجه ابو داؤد في المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اقيموا حدود الله في السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم والمرسل حجة موجبة قال ورويناه باسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الاصل وايضا معارض اطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فان اجيب بانه عام خص منه موضع الشبهة فهو مدفوع بان الزنا نفسه ماخوذ فيه عدمها فانه الوطي في غير ملك وشبهة فترتيبه سبحانه ايجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على ما لا شبهة فيه فتكون هذه الاخبار مخصصا اولا واما الدليل العقلي المذكور فعليه ان يقال لا نسلم ان عجز الامام عن الاقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب ان لا فائدة في الايجاب انما ذكر لو عجزه مطلقا فجاز ان يثبت الوجوب في الحال معلقا في القدرة قلنا يجاب بانه لا معنى لهذا الكلام وتصحيحه ان يقال فجاز ان يثبت في الحال تعليق الايجاب بالقدرة اي اذا قدرت فاقم عليه فالوجوب معدوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة في الحال لان المعلق بالشرط كذلك وح جوابه ان هذا المعنى ممكن لكن اين دليله فان الآيات انما تفيد تنجيز الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم ان القدرة

واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رح ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رح في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رح وهو قول ابي يوسف رح اولا وقال ابو يوسف رح يحدون كلهم وهو قوله الآخر لابي يوسف رح ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به فانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا حق الشرع ولمحمد رح وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رح فيه ان فعل الحربي المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رح لا تحد

شرط التكاليف فتعلم انتفاء مقتضاها في الزاني في دار الحرب فاين دليل تعليق الايجاب حال زنى الزاني في دار الحرب باقتدار الامام عليه فاذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تنجيزه فان اجيب بان تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة انه اذا رجع الى دار الاسلام اقامه يدفع بانه معارض بحديث مراسيل ابي داؤد وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين وايضا قد يقال عليه لا نسلم ان حال الزنا يجب على الامام الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب اصلا وفرض المسئلة انه زنى في دار الحرب ثم اقر عند القاضي بعد الخروج او شهد به عليه في غير تقادم وعند مالك هو قادر ومتعلق به ايجاب الاقامة والمذهب خلافه والله اعلم قال ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه بخلاف ما لو خرج من العسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد الى العسكر لا يقيمه ويفيد انه لو زنى بالعسكر والعسكر في دار الحرب في ايام المحاربة قبل الفتح له ان يقيمه للولاية اما امير العسكر والسرية فلا يقيمه لانه لم يفوض اليهما الاقامة

قوله واذا دخل حربي دارنا بامان وهو المستامن فزنى بذمية الخ حاصل المسئلة اذا زنى الحربي المستامن بالمسلمة او الذمية فعليهما الحد دون الحربي في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا وقال محمد بقوله الاول فصار فيها ثلاثة اقوال قول ابي حنيفة يحد المزني بها المسلمة والذمية وقال محمد لا يحد واحد منهم وقول ابي يوسف يحد كلهم وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لانه لو زنى بحربية مستامنة لا يحد واحد منهما عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يحدان ذكره في المختلف وان زنى المسلم او الذمي بالحربية المستامنة حد الرجل في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يحدان جميعا والاصل ان عند ابي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربي حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر وعند ابي يوسف يجب الكل الا حد الشرب فحد الشرب لا يجب اتفاقا لانه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقا لان فيه حق العبد فاختلفوا في حد الزنا والسرقة عند ابي يوسف يجب وعندهما لا وجه ابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصا ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لانه معتقد اباحته ووجه ابي حنيفة ومحمد انه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقضيها ويرجع وعلينا ان نمكن من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستيمان ملتزما جميع احكامنا في المعاملات بل لا يرجع منها الى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد غير انه لا بد من اعتباره ملتزما الانصاف كف الاذى اذ قد التزمنا له بامانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلزماه اما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه وكذا المغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه ثم منعنا من استيفائه عند اعطاء امانه بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والاجبار على بيعهما فانه من حقوق العباد لان في استخدامه قهرا واذلالا للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهودهم ولمحمد رح وهو الفرق بين المسلم والذمي اذا زنى بمستامنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة او الذمية اذا زنت بمستامن لا يجب الحد عنده عليها ان الاصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلا على ما سنذكر فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في التبع بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه

قال: واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رح يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف رح وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطيا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد

في حق الاصل اي دليله اذا زنى البالغ العاقل بصبية او مجنونة يحد هو دونها وفي تمكين البالغة الصبي او المجنون لا تحد وتمكينها انما يوجب الحد عليها اذا امكنت من فعل موجب له وفعل الحربي ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها ولابي حنيفة ان فعل المستامن زنى لكونه مخاطبا بالمحرمات كحرمة الكفر والزنا في حق احكام الدنيا على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين الا انه امتنع حده لان اقامته بالولاية والولاية منقطعة عنه باخطار الامان الا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلما فهرب تحد هي لان المانع حصنه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه بخلاف تمكينها صبيا او مجنونا لانهما لما لا يخاطبا لم يكن فعلهما زنى فلم يكن من الزنا ونظيره الوزنى مكرها بمطاوعة تحد المطاوعة عند ابي حنيفة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند محمد لا تحد قوله واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو اي قول زفر والشافعي رواية عن ابي يوسف وهو قول مالك واحمد وان زنى صحيح اي عاقل بالغ بمجنونة او صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع ولهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فهكذا العذر من جانبه لا يوجب سقوطه من جانبها وهذا لان كلا منهما مواخذ بفعله وقد فعلت ما هي به زانية لان حقيقة زناها اقتضاء شهوتها بالة وقد وجد الا ترى انه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس الا بذلك وهو يدل على انها زانية حقيقة لكونها يحد قاذفها فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب ولنا ان فعل الزنا انما يتحقق منه لان اهل اللغة اخذوا جنس تعريفه وطي الرجل فكانت خارجة وانما هي محل وليس هذا بعد فسمي واطيا وزانيا وهي موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا التسمية للمفعول باسم الفاعل كعيشة راضية وماء دافق اي مرضية ومدفوق لكونها مسببة لزنى الزاني بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من فعل هو زنا والزنا فعل من هو منهي عنه مؤثم به وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد وعلى هذا لو قلنا انها بالتمكين صح زانية حقيقة لغة لا يضرنا لانها انما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فان قيل كيف يتصور ان يطلق عليها زانية حقيقة مع انه لا شك انه يطلق عليها مزني بها حقيقة فيلزم كون اطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة الى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بانه انما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلو منع وقيل بل ترتب الحد انما هو على تمكينها من الوطي المفضي الى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا اولا فالجواب ان تسميتها زانية حقيقة او مجازا كونه بالتمكين من الزنا انسب من كونه ما ليس بزنا ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثله بذلك لكن بقي ان يقال كون الزنا في اللغة وهو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل ادخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالا او ماضيا بلا ملك وشبهة وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وان لم يجب على فاعله حد والجواب ان هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا فتحد لان قولهم وطي الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام اهل اللغة انهم لا يسمون فعل المجنون زنا واحتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الايجاب فلا يحد به والله اعلم وبما ذكرناه يندفع

قال ومن أكرهه السلطان حتى زنا فلا حد عليه وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً يحد وهو قول زفر رحمه الله لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لأن سببه الملجئ قائم ظاهراً والانتشار دليل متردد لأنه قد يكون من غير قصد لأن الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً كما في النائم فأورث شبهة وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحد لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لأن المؤثر خوف الهلاك وأنه يتحقق من غيره وله أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادراً لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني وأقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع

ما قيل لو كان تمكين المرأة صبياً أو مجنوناً يمنع الحد عليها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين أقرت بالزنا هل زنى بك مجنون أو صبي كما أنه استفسر ماعزاً فقال أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لأنها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ماعز فإنه استراب أمره على ما تقدم ولذا لم يسأل الغامدية أبك جنون مع أنها مثل ماعز في سقوط الحد بجنونها فأورد أنه ينبغي أن يجب العقر على الصبي والمجنون لأن الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحدهما إما العقر وهو مهر المثل أو الحد كما لو زنى الصبي بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر وههنا لا يجب أجيب بالفرق وهو أن الإيجاب عليه ههنا لا فائدة فيه لأنا لو أوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المرأة لأنها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي غرم بذلك وصح الأمر منها لولايتها على نفسها فلا يفيد الإيجاب بخلاف ما لو كانت مكرهة أو صبية لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم ولايتها في المكرهة عدم الأمر أصلاً فكان الإيجاب مفيداً وأما إيراد القاعدة أن كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكرهة بالطائعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة إلى الإيراد ثم تكلف الدفع قوله ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة أولاً يقول يحد وهو قول زفر وبه قال أحمد لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد الانتشار الآلة وهذا آية الطواعية فاقترن بالإكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله إياه غير مكره فيبطل أثر الإكراه السابق ووجب الحد بخلاف إكراه المرأة على الزنا فإنه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا يحد إجماعاً ثم رجع أبو حنيفة فقال لا يحد الرجل المكره أيضاً لأن السبب الملجئ إلى الفعل قائم ظاهراً وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل لأن يكون معه ويكون طبعاً بالقوة الفحولية وقد يكون لريح تسفل إلى المحجر حتى يوجد من النائم ولا قصد منه فلا يترك أثر اليقين وهو الإكراه إلى المحتمل فإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة لعدم تحقق الإكراه من غيره فكان مختاراً في الزنا وكذا عند زفر وأحمد لأنه وإن تحقق الإكراه من غير السلطان عندهما لكن قال الانتشار دليل الطواعية إلى ما ذكرناه آنفاً وقال الانتشار لا يستلزم الطواعية إلى آخر ما ذكرناه آنفاً قال المشايخ وهذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن أبي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتى بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الإكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على إيقاع ما توعد به قوله ومن أقر أربع مرات هذا على وجهين أحدهما أن يقر الرجل في أربع مجالس أنه زنى بفلانة حتى كان إقراره موجباً للحد وقالت هي بل تزوجني أو اعترفت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لأن دعوى النكاح محتمل الصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتاً فلا يحد وبتقدير كذبه لا نكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وإن كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بأن لا مهر لها لدعواها الزنا لأنه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنهما مع ثبوت الوطء باعترافهما به وإن اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعاً والوطء لا يخلو عن عقر أو عقر فلزم لها المهر وإن ردته إلا أن تبرئه منه واعلم أن وجوب المهر إنما هو فيما إذا كانت الدعوى قبل أن يحد المعترف فإن حد ثم ادعى الآخر النكاح لا مهر لأن الحد لا ينتقض بعد الإقامة ثانيهما أن تقر أربعاً لذلك أنه زنى بفلانة وقالت

ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف رح انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف ولاعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورثت شبهة

فلانة ما زنيت بها ولا اعرفها او اقرت هي بالزنا اربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا اعرفها لا يحد المقر بالزنا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي واحمد يحد المقر لان الاقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقر كما لو كانت غائبة وسماها ولابي حنيفة رح ان الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فاورث شبهة الانتفاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد يتم بهما فان تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما اقر بالزنا مطلقا انما اقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما اقر فيه فيندرئ عنه ضرورة بخلاف ما لو اطلق وقال زنيت فانه وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لان الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب النفي وهو الانكار حتى لو حضرت واقرت اربعا حدت فظهر ان الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم معرفة فاذا انكرت ثبتت شبهة يدرأ بها الحد عنه فاذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغي ان لا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندهما كما في صورة دعوى النكاح لان الحد لما سقط بانكار وصف الفعل وهو الزنا كما في المسئلة السابقة بدعوى النكاح فبانكار اصل الفعل اولى قلنا خصا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل بحديث سهل بن سعد فانه روى ان رجلا اقر بالزنا بامرأة فانكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داؤد وفي شرح الطحاوي ولو لم تدع المرأة النكاح وانكرت وادعت على الرجل حد القذف يحد حد القذف ولا يحد حد الزنا **قوله** ومن زنى بجارية فقتلها اي بفعل الزنا فانه يحد وعليه قيمتها وانما قيده بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يحد اتفاقا ويجب عليه الدية **قوله** وعن ابي يوسف انه لا يحد ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد رح لم يذكر في الكافي خلافا وانما نقل الفقيه ابو الليث خلافه فقال ذكر ابو يوسف رح في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة خاصة وفي قول ابي يوسف لا حد عليه وحين نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة في باب قول ابي يوسف على خلاف قول ابي حنيفة ولا قول لمحمد وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول ابي حنيفة رح وبه قال الشافعي واحمد رح لانه لو كان لا قول له بان توقف لذكره وانما قال ابو يوسف هذا قول ابي حنيفة خاصة لان محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله عنه وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال ولهما انه ضمان قتل وجه ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب قتله سبب لملكه الامة واذا ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط بخلاف الحرة لانها لا تملك بالضمان وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها او ملكها بالفداء بان زنى بجارية جنت اليه فدفعت اليه بالجناية او بالشراء او النكاح انه لا يحد في ذلك كله وعند ابي حنيفة يحد في الكل وقال ابو يوسف بالدفع يثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء او النكاح لان اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولابي حنيفة انه زنى وجنى فيؤخذ بموجب كل من الفعلين ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث سنين

قال وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

على العاقلة ولا يجب بالعتق بالغة ما بلغت وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك المال والدم والدم ليس بمال ثم تنزل فقال حاصله انه لو فرض ان الضمان اوجب الملك لكان يوجبه في العين القائمة لانه يثبت بطريق الاستناد والاستناد انما يظهر في القائم دون الفائت ومنافع البضع التي استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائما فلما يثبت بشبهة قيام المنافع فيثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهة فلم يكن كالمسروق ولم يفد الملك السبب عن الضمان ملكة تلك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فان شرط اقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فبطل القياس وآل هذا التقرير الى ان الثابت بهذا الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع فانكانت ثابت شبهة ملك العين لا حقيقة وبحقيقته لا تثبت شبهة ملك المنافع فاذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير ان ابا يوسف اثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفيناه وليس احد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذي قررناه بتقليل تامل تظهر ما في تقرير المصنف المنزل من التساهل وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب قيمتها ويسقط بها الحد لان الملك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة اي في ملك المنافع تبعا فيندرئ عنها الحد اما هنا فالعين فاتت بالقتل فلا تملك بعد الموت ولا يقال هذا التمليك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لانا نقول المستند يثبت اولا ثم يستند فاستدعى ثبوته للمحل حال الاولية وهو منتف وثمرته ان الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا فان قيل ينبغي ان لا يجب الحد لو تم ملك المقتول لان بعض القيمة لا بد ان يصير بازاء منافع البضع التي يجب الحد لاجلها فيجب ان لا يحد والا وجب ضمانان بازاء مضمون واحد اجيب بانه لما لم يوضع الفعل للقتل كان اوله الجراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بازائه وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعي اما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضي خان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق **قوله** وكل شيء فعله الامام الذي ليس فوقه امام مما يجب فيه الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة لا يؤاخذ به الا القصاص والمال فانه اذا قتل انسانا او اتلف مال انسان يؤاخذ به لان الحد حق الله تعالى وهو المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان اقامته بطريق الجزاء والنكال ولا يفعل احد ذلك بنفسه ولا ولاية لاحد عليه ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء فاذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لان حق استيفائها لمن له الحق فيكون الامام فيه كغيره وان احتاج الى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا والمغلب في حد القذف حق الشرع فكان كغيره من الحدود وبهذا يعلم انه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولي من استيفائه لانه شرط واورد عليه بالمانع من ان يولي غيره ليحكم فيه بما يثبت عنده كما في الامداد خيرانه اذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق العبد استوفاه العبد او حق لله استوفاه ذلك النائب وقيل لا يخلص الا ان ادعى ان قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما العموم ان المخاطب فيه بالجلد الامام ان يجلد غيره والله اعلم وقد يقال اين دليل الايجاب الا اشتباه والله سبحانه اعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنه قدم ان الحد يثبت بالبينة والاقرار وقدم كيفية الثبوت بالاقرار لان وجوده ما يثبت منه بالبينة بالنسبة الى ما يثبت بالاقرار اندر نادر لضيق شروطه المقتضي لاعدامه وهو ان يرى ذكر الرجل في فرجها كالميل في المكحلة وايضا لم يثبت

قال وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والأصل أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله وهو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو أحد الحجتين ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر وإنما شرطت للمال ولأن الحكم يدار على كون الحد حقا لله فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما

حد الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم بالبينة فإنهم كلهم لم يحدوا بالإقرار فقد تقدم ما يكثر وجوده. وما كان الثبوت به عنده عم وعند الصحابة **قوله** وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامتهم بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة فقوله متقادم إسناده في الحقيقة إلى ضمير السبب أي متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به وقوله شهدوا بحد تساهل فإنهم إنما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة وقوله لم يمنعهم الخ جملة في محل جر لأنها صفة النكرة وهي حد والفاعل بعدهم ولا شك أنه لا يتعين البعد عذرا بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو في بعد يومين ونحوه من الأعذار التي تظهر أنها مانعة من المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادة مفيدة وهي قوله في إذا شهد عليه الشهود بسرقة أو شرب خمر أو زنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة ثم قال فإن أقر بهو بعد حين بذلك أخذ به إلا الشرب فإنه لا يؤخذ بذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رح يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا ولا يخفى ما اشتمل عليه من الزيادات قال المصنف وغيره الأصل أن الحدود الخالصة حق الله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي وفي العبارة تساهل مشهور فإن الذي يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لا يجب الحد على الإمام من الأصل لعدم الموجب والحاصل أن في الشهادة في الحدود القائمة والإقرار بها أربعة مذاهب الأول رد الشهادة بها وقبول الإقرار بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الثاني ردها وقبول الإقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن وأبي يوسف الثالث قبولهما وهو قول الشافعي ومالك بكل منهما الحد فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة وأحمد الرابع ردهما نقل عن ابن أبي ليلى ولم أحد يقلب قول محمد واستدل الشافعي والآخرين بالحاقة بالإقرار لأنهما حجتان شرعيتان يثبت كل منهما الحد فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد ولنا وهو الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة أما الكبرى فلقوله عم لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين أي متهم وذكر محمد عن عمر رضي في الأصل أنه قال أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين الستر احتسابا لقوله عم من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة مع ما قدمنا من الحديث في ذلك والشهادة به احتسابا بالقصد إخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد فأصل الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة لأن كلا من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي وإذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين إما الفسق وإما تهمة العداوة لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعدم الستر ثم أخره لزم الأول أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك أنه سقط عليه الواجب باختيار أحدهما فانصرافه بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حركه حدوث عداوة بخلاف الإقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة إذ الإنسان لا يعادي نفسه فلا يبطل بالتقادم إذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد لأن الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفي القذف حق العبد فيتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فإن قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم في السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد أجاب أولا بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال فما يرجع إلى الحد لا يشترط فيه الدعوى لأنه خالص حق الله وباعتبار المال اشترط والشهادة بالسرقة لا تخلص لأحدهما بل لا ينفك عن الأمرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد

ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب
بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود

ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا يقطعه لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الامرين فيها انه اذا شهدوا بها على الانسان
والمدعي غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود به عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق الله تعالى وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به
حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد التي الصحة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال ان يكون سرق ملكه الذي كان عنده او ملكه اياه فلابد
من تضمين الشهادة بسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان تتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك
ودعواه فاذا آخر رد وناه في حق الحد لا المال بل الزمناه المال بخلاف ما اذا قال زنيت بفلانة او قلبه وهي غائبة لا يدري جوابها لا يحد
ولا يستأني بالحد لان الثابت هناك شبهة الشبهة فلا تعتبر وشرعي السرقة لا يثبت اصلا الا لثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة
الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت في غيبة المسروق منه الشبهة لان الثابت احتمال لان يقول هو ملكه وقوله هو ملكي يشتبه
بل حقيقة لمبرح بخلاف دعواها النكاح مثلا او حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله اعلم واجاب ثانيا بان بطلان
الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حق الله سبحانه وتعالى فاقيم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها
كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة اديرت على السفر فلا يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فتفرد بالتقادم لا يكفي ان ذا الشهادة بالتقادم ليس الا للتهمة
ومحل التهمة ظاهر يدركه كل احد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حق الله تعالى ولا يصح لتشبيه بالمشقة مع السفر لان المشقة امر خفي غير منضبط
فلا يمكن الاناطة فيه فينط بما هو منضبط فالعدول للحاجة الى الانضباط ولا حاجة فيما نحن فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة
في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد حين فشهدوا فانه لا تهمة بتاخيرهم ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال فالجواب
انما كان فيه تهمة فالرد يضاف اليها ما لم يكن فان المدعي على ما قال قاضي خان انما لم تقطع في السرقة بعد التقادم لا للتهمة
في الشهود لان الدعوى شرط القبول بل تخلل في الدعوى فان صاحب المال كان مخيرا في الابتداء فاذا اخر فقد اختار الستر فلم يبق
حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضى بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة تقضى
بالمال دون القطع انتهى فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان بتاخير الشهود الشهادة لتاخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة
اما لو اخر والا التاخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم لعلمه باعلامهم او بغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله ولان السرقة
تقام على الاستمرار على غيره من المالك فيبطل على الشاهد باعلامه وبالكتمان يصير فاسقا انما يقتضي ان ترد في حق المال ايضا
للفسق لكن ما ذكر من انهم اذا شهدوا بعد التقادم يثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد لكن السارقة
يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم باطلاقه يقتضي فيما اذا لم يكن التاخير لعدم تاخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور

قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ
بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه وهو قول زفر قول الائمة الثلاثة لان التاخير لعذر هرب به وقد زال العذر ولنا ان الامضاء الى الاستيفاء
من القضاء بحقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت في نفس الامر استنابة تعالى الحاكم في استيفاء حقه اذا ثبت عنده
بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء او هو هنا اذا لم يحتج الى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به يخالفه

لا تقبل

واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي رحمه الله وابو حنيفة رحمه الله
لم يقدر في ذلك وفوضه الى راي القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم
لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يقدر بزوال الرائحة
على ما ياتي في بابه ان شاء الله تعالى واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان
وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة ينعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم

في حقوق غيره تعالى فانه فيها لاعلام من له الحق بحقيقة حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فانما هو في حقوقه تعالى للاستيفاء
واذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بغير حقه اجماعا وبالتقادم لم تبق
الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى وهذا رد المختلف الى المختلف فان كون قيام الشهادة وقت
القضاء شرطا صحيح لكن الكلام في معنى قيامها فعندهم بالم يطرا ما ينقضها من الرجوع هي قائمة حتى لو شهدوا
ثم غابوا او ماتوا جاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها بقيامهم على الاهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم
انما يبطل في ابتداء الاداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فاتفاق التقادم لسبب (قدار)
بلا توان منهما لا يبطل الواقع صحيحا ولو قلنا ان ردها انيط بالتقادم فلم يلتفت الى التهمة بعد ذلك يجب كونه انيط بتقادم
عن توان من الشاهدين والا فممنوع ونذكر فيما يلي هذه المقولة زيادة فيه ان شاء الله تعالى **قوله** واختلفوا في حد
التقادم اشار محمد في الجامع الصغير الى انه ستة اشهر حيث قال شهدوا بعد حين لو جعلوه عند
عدم النية ستة اشهر على ما تقدم في الايمان اذا حلف لا يكلمه حينا وابو حنيفة لم يقدره قال ابو يوسف جهدنا
بابي حنيفة رح ان يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى راي القاضي في كل عصر فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطا تقادم
وما لا يعد تفريطا غير تقادم واحوال الشهود والناس تختلف في ذلك العرف فانما يوقف عليه بنظر نظر في كل واقعة
فيها تاخير فنصب المقادير بالراي متعذرة وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل على ما في مسئلة الحلف ليقضين
دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر لا يحنث وبعده يحنث وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو الاصح ونقل
هذه الرواية عما في المجرد قال ابو حنيفة لو سال القاضي الشهود متى زنى فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهرا
او اكثر درئ عنه قال ابو العباس الناطفي فقدره على هذه الرواية بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد وهذا اعني كون الشهر
فصاعدا يمنع قبولها اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم بعد الشهر لان المانع بعدهم
عن الامام فلا يتحقق التهمة فقد نظر في هذا التقادم الى تحقق التهمة فيه وعدمه وهو مخالف ما ذكره من قريب انه بعد ما
انيط بالتقادم لا يراعى وجود التهمة في كل فرد الا ان يقال اذا كان المانع البعد او المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية
حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط بل هو ما لم يكن هذه الموانع من الشهادة ويجاب بان هذا رجوع في المعنى
الى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه احد الامرين من الفسق والتهمة ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق في غير
شرب الخمر اما فيه فكذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما
وستاتي هذه ان شاء الله تع **قوله** واذا شهدوا على رجل انه زنا بفلانة وهي غائبة فانه يحد اجمع الائمة الاربعة
عليه وكذا لو اقر بالزنا بغائبة يحد الرجل لاجماعهم لحديث ماعز فانه اقر بغائبة على ما تقدم وذكرها درجه عزم ونقل ابو الليث
عن ابي حنيفة انه كان يقول اولا لا يحد حتى تحضر المراة لاحتمال ان تحضر فتدعي ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم رجع

وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امته او امرأته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما

الى قول الكل وسيظهر وجه بطلان القول الاول فان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى والدعوى شرط في السرقة للعمل بالبينة لان الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة للمرء على المرء لا تقبل بلا دعوى وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضي وطولب بالفرق بين القصاص اذا كان بين شريكين واحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز ان يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة بزنا الغائبة فان الثابت في كل منهما شبهة الشبهة اجيب بالمنع بل الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال العفو فان العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة وانما يكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتمال شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة فاعتبارها باطل والا ادى الى نفي كل حد فان ثبوته بالبينة او الاقرار والذي يثبت به يحتمل ان يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل ان يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد ووجه انه شبهة الشبهة ان نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه في الرجوع شبهة الشبهة **قوله وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها** لم يحد لان الظاهر انها امرأته او امته فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست زوجتي ولا امتي لم يحد ايضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس اقرارا موجبا للحد فلا يحد واما ما قيل ولو كان اقرارا فمرة لا يقام الحد فيقتضي انه لو قال اربعا يحد وليس كذلك وان اقر انه زنى بامرأة لا يعرفها حد لانه لا تشتبه عليه امرأته فان قيل قد تشتبه عليه بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما اقر بالزنا فقد شرع عليه انها لم تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم اعرفها اي باسمها ونسبها ولكن علمت انها اجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز ان يشهد على من يشتبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس مسقطا للحد

قوله وان شهد اثنان حاصلها انه شهد اربعة على رجل انه زنى بفلانة الا ان رجلين قالا استكرهها واخرين قالا طاوعته فعند ابي حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم اي الشهود الاربعة على الموجب للحد عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي غالبها لاتفاقهما اي الفريقين وعليه قوله وتفرد احدهما بزيادة جناية اي تفرد احد الفريقين بزيادة جناية منه من الاكراه وهو لا يوجب التخفيف عنه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت اذ قد اختلفوا فيه فتعارضوا فعدم الوجوب عليها بمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة او مجنونة ولابي حنيفة انه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طائعة لان الفعل اي الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا لان الاكراه يخرج المرأة من ان تكون فاعلة للزنا حكما ولهذا لا تاثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به اورث اختلاف المشهود عليه واختلاف القولين من اقوى الشبهة انتهى ولا يخفى ان المؤثر في اسقاطه عن الرجل ليس الا اختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم

ولان شاهدی المطاوعة صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدی الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة ووجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

الشهادة على اثنين او واحدا و يؤثر في الحكم لان حاصل ذلك ان الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب للحد وعندهما لا فائدة لابي حنيفة رح في ايراد هذا الكلام بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا اثر له ولا يفيد في المقصود فائدة يعتد وكونه على تقدير آخر مشهودا عليها معه والفرض ان كان التقدير وهو طواعيتها غير ثابت فانما هو امر مفروض فرضا لا فائدة فيه اصلا ولهذا احمل شارح لفظة عليه على به وعليه اقتصر في الكافي فقال وله ان المشهود به اختلف وليس على احدهما اي على احد الوجهين اللذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شئ وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة يعني ان الزنا بطائعة غير الزنا بمكرهة وشهدا وتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة اربعة وقول المص يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض انه واحد بالشخص بل انه يتحقق قيامه آ وجوده بهما **قوله** ولان شاهد المطاوعة لما اندرئ الحد عنها صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين لها ولا شهادة للخصم فكان مقتضاه ان تحد احد القذف لكن سقط بشهادة الآخرين بزناها مكرهة فان الزنا مكرها يسقط الاحصان في حد القذف والاحصان يثبت بشهادة اثنين فلما سقط شهادتهما في حقها سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتذار في سقوط حد القذف تحتاج اليه عندهما على ما ذكره في جامع شمس الائمة حيث قال لم يجب حد القذف على الشهود وعند ابي حنيفة لانهم اتفقوا على النسبة الى الزنا بلفظة الشهادة وذلك مخرج لكلامهم من كونه قذفا كما في المسئلة التي تلي هذه واما عندهما فلان شاهدی المطاوعة صارا قاذفين لها لكن شاهدی الاكراه اسقطا الى آخر ما ذكرناه **قوله** وان شهد اثنان اي شهد اربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا انه زنى بها بالكوفة والآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة ولم يتم على كل منهما نصاب الشهادة وهو الشهادة اربعة ولا يحد الشهود للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعي لان العدد لما لم يتكامل زنا صار وا قذفة كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فانهم يحدون قلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الاهلية ولفظ الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فان شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة وصفة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرئ الحد عنهم والحاصل ان في الزنا شبهة اوجبت الدرء عن المشهود عليه وفي القذف شبهة اوجبت الدرء عن الشهود قال قاضي خان وكلامنا اظهر لقوله تع والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وقد وجد الاتيان باربعة **قوله** وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا اعني حد الرجل مع هذا الاختلاف استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وبه يختلف الفعل المشهود به فيصير كالتي قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعي ومالك وجه الاستحسان انهم اتفقوا على فعل واحد حيث

وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين من غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق

نسبوه الى بيت واحد صغيرا اذ الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت اذا كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان في وجهه يظن انه اليه اقرب فيقول انه في الزاوية التي تليه بخلاف الكبير فانه لا يحتمل هذا فهو كالدارين فكان اختلافهم صورة لا حقيقة او حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل في زاوية ثم صار الى اخرى بتحركهما عن الفعل واما ما قيل اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لان ذلك ايضا قائم في البلدين نعم انهم مكلفون بان يقولوا مثلا في دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه فان قيل هذا توفيق لاقامة الحد وهو احتياط في الاقامة والواجب درؤه اجيب بان التوفيق مشروع صيانة النصوص عن التعطيل فانهم لو شهد اربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زناها في غير الوقت وقبوله مبني على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الاخر وان لم ينص عليه في شهادته فان قيل الاختلاف في مسئلتنا منصوص عليه وفي هذه مسكوت عنه اجيب بان التوفيق مشروع في كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت ومن الاول اذا اختلفوا في الطول والقصر او في السمن والهزال وفي انها بيضاء او سمراء وعليها ثوب احمر واسود تقبل في كل ذلك نعم استشكل على هذا مذهب ابي حنيفة فيما اذا شهدوا فاختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال في الكافي يمكن ان يجاب عنه بان ابتداء الفعل اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا تجب بالشك وهنا بالنظر الى الزاويتين يجب فافترقا **قوله** ولو شهد اربعة انه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لانه اسم قبيلة باليمن وشهد اربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حد على احد منهم اما عنهما فلا تيقن بكذب احد الفريقين غير عين اذ الانسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب حدهما بالشك واما في الشهود فلا تيقن بصدق احد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لانه يصح كون الامرين فيهما في ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا الا انه يخص بظهورها من الافق ويحتمل تكرار الفعل ودير هند دير بظاهر الكوفة وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء السماء فكانت ترهبت وبنت هذا الدير واقامت به وخطبها المغيرة بن شعبة ايام امارته على الكوفة فقالت والصليب في ما رغبة بالجمال ولا الكثرة مال انما اراد ان يفتخر بنكاحي فيقول نكحت بنت النعمان بن المنذر والا فاي رغبة لشيخ اعور في عجوز عميا فصدقها المغيرة وقال في ذلك ادركت ما منيت نفسي خاليا ٭ لله درك يا ابنة النعمان ٭ فلقد رددت على المغيرة ذهنه ٭ ان الملوك ذكية الاذهان ٭ اني لحلفك بالصليب مصدق ٭ والصلب اصدق حلفة الرهبان ٭ فكانت بعد يدخل عليه فسألها يوما عن حالها فقالت فبينا نسوس الناس والامر امرنا ٭ اذا نحن فيهم سوقة نتنصف ٭ فاف لدنيا لا يدوم نعيمها ٭ تقلب تارات بنا وتصرف ٭ ذكر هذا ابن الشجري في اماليه على القصيدة النازلية للشريف الرضي التي اولها ما زلت اطرق المنازل بالنوى ٭ حتى نزلت منازل النعمان ٭ ولقد رايت بدير هند منزلا ٭ الما من الرضا والحدثان ٭ مغض كمستمع الهوان تغيبت ٭ انصاره وخلا عن الاعوان ٭ بالي المعالي اطرقت سمرا فانه ٭ اطراق منجذب القرينة عان ٭ وذكرت مشبجها الرا...

وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنها وعنهم لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة أن النساء نظرن إليها فقلن إنها بكر وشهادتهن حجة في إسقاط الحد وليست بحجة في إيجابه فلهذا سقط الحد عنها ولا يجب عليهم وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف فإنهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لأنه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة والعبد ليس بأهل للتحمل والأداء فلم تثبت شبهة الزنا لأن الزنا يثبت بالأداء وإن شهدوا بذلك وهم فساق أو ظهر أنهم فساق لم يحدوا لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الأداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي رحمه الله بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لأنهم قذفة إذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبدا أو محدودا في قذف فإنهم يحدون لأنهم قذفة إذ الشهود ثلاثة وليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب وإن رجم فديته على بيت المال وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا أرش الضرب أيضا على بيت المال قال العبد الضعيف عصمه الله معناه إذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب وعلى هذا إذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون

بجوه من قبل بيع زمانها بزمان ٭ وسيأتي رد على المغيرة نسبة شرح النوار لطيبة الاذغان ٭ والنوار من النساء التي تنفر من الريبة يقال نارت المرأة تنور نورا إذا نفرت من القبيح **قوله** إن شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر بأن نظر النساء إليها فقلن هي بكر درئ الحد عنها أي عن المشهود عليها بالزنا وعنهم أي ويدرئ حد القذف عن الشهود وهو أحد قول الشافعي وأحمد وعند مالك تحد المرأة والرجل أما الدرء عنها فلظهور كذب الشهود إذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد وقيل إن يقال إن لم يتعارض بشهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة في إزالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي أن لا يسقط الحد وإن عارضت بأن لا يتحقق عود العذرة يجب أن تبطل بشهادتهن لأنها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهضت معارضة أو لا لا بد أن يورث شبهة بها يندرئ وكذا لا يسقط بقولهن هي رتقاء أو قرناء ويقبل في ذلك قول امرأة واحدة وأما عن الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا وإنما امتنع الحد بشهادتهم لقولهن وقولهن حجة في إسقاط الحد لا في إيجابه والحاصل أنه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في إزالتها بالزنا أو لكذبهن **قوله** وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه الأصل أن الشهود باعتبار التحمل والأداء أنواع أهل التحمل والأداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل وأهل لهما على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس أهلا للتحمل ولا للأداء وهم العبيد والمجانين والصبيان والكفار وأهل للتحمل لا للأداء كالمحدودين في قذف والعميان فالأول يحكم بشهادته ويثبت الحقوق بها والثاني يجب التوقف فيها ليظهر صدقه أو لا فلا والثالث لا شهادة له أصلا حتى لا يعتبر فيما لم تعتبر للأداء فلا يصح النكاح بحضورها وشهادتها والرابع يعتبر في هذا فيصح النكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهدوا بعد ذلك لم يقبل أداء عن أنفسهم ففي المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر لأنه لا يثبت بشهادة هؤلاء ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود وهذا لأن العميان والمحدودين ليسوا أهلا للأداء والعبد ليس أهلا للتحمل أيضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لأن الزنا يثبت بالأداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق إذا شهد أربعة منهم على الزنا لا يحدون وإن لم يقبلوا لأنهم أهل للأداء مع قصور حتى لو حكم حاكم بشهادة الفاسق نفذ غير أنه لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت ويأتي فيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة وكذا قال أحمد في رواية عنه **قوله** وإن نقص عدد الشهود عن أربعة بأن كانوا ثلاثة فأقل حدوا حد القذف يعني إذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لأنه حقه فيتوقف على طلبه وهذه إجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وحين شهد على المغيرة أبو بكرة ونافع وعلقمة وجهه بن معبد ولم يكمل بشهادة زياد حد عمر رض الثلاثة الشهود بمحضر من الصحابة فكان إجماعا والأربعة إخوة لأم واسم أمهم سمية وأما وجهه من جهة المعنى فلأن اللفظ لا شك في أنه قذفه وإنما تخرج عن حكم القذف إذا اعتبرت شهادة ولا تعتبر شهادة إلا إذا كانوا نصابا **قوله** وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ حاصلها أنه إذا جلد بشهادة شهود جلدا

ولهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رحمه الله ان الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم في الامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجا

فجرحه الجلاد او مات منه لعدم احتماله اياه ثم ظهر بعض الشهود عبدا او محدودا في قذف او عمى او كفارا فانهم يحدون بالاتفاق لان الشهود ح اقل من اربعة ومتى كانوا اقل حد واحد القذف ثم قال ابو يوسف ومحمد ارش الجراحة ودية النفس فيما اذا مات في بيت المال وقال ابو حنيفة رحمه الله لا شيء عليهم ولا على بيت المال ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر احد الشهود على ما ذكرنا فديته على بيت المال اتفاقا قال المصنف رحمه الله وعلى هذا اذا رجع الشهود يعني بعد ما ضرب فجرح او مات لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وظاهر انه لا يحسن كل الحسن لفظ وعلى هذا هنا لان مثله يقال اذا كان الخلاف في المشار اليها كالخلاف المشبه به وليس هنا كذلك فان ذلك الخلاف هو ان الارش والدية في بيت المال عندهما وعنده ليس على بيت المال شيء وهنا عندهما على الشهود وعنده ليس عليهم شيء وقال الشافعي ومالك واحمد الارش والدية على الحاكم **قوله** لهما ان الواجب مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الجرح والموت الى شهادتهم فصاروا كالمباشرين لما اوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بانهم جناة في شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه او مات وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا اما اذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا او محدودا الخ وهو ما اذا اراد لقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين في جناياتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي لانه الآمر له وفعل المامور ينتقل الى الآمر عند صحة الامر فكانه ضرب بنفسه ثم ظهر خطاؤه وفيه يكون الضمان في بيت المال لانه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التي لحقته بسبب عمله لهم في مالهم وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص اذا قضي به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين او عبيدا الخ في بيت المال اتفاقا **قوله** ولابي حنيفة ان الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مولم غير جارح ولا مهلك فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما في اثباته ان الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر ايضا ولا يقع جارحا الا لخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه فلا يتعدى الى الشهود ولا القاضي بخلاف الرجم فانه مضاف الى قضاء القاضي لانه قضى به ابتداء ثم ظهر خطاؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطائه عليهم في مالهم لان الغرم بالغنم اما الجلد الجارح فلم يقض به فلا يلزمه ليكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاد الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح لانه لم يتعمده فلو ضمناه لامتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة واذا لم يجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضي ليثبت في بيت المال لم يجب اصلا وهو المطلوب وقوله في الصحيح احتراز عن قول فخر الاسلام في مبسوطه لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس مامورا بهذا الوجه بل بضرب مولم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد فعله على هذا الوجه رجع تعديا فيجب عليه الضمان وهذا اوجه من جعله احترازا عن جواب القياس وانما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف في الواقع **قوله** وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها اي في هذه الشهادة التي هي الشهادة على الشهادة زيادة شبهة لتحققها في موضعين في تحمل الاصول وفي نقل الفروع وهو قول مالك واحمد والاصح من مذهب الشافعي انه يحد بها اذا كملت شروطها ونحن بنينا زيادة الشبهة وهي وان لم تمنع في الشرع لان الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة

واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رح يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات انشاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة رح وقال زفر رح لا يحد لانه ان كان الراجع قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رح حد الراجع خاصة لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رح يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون

والزم القضا بموجبها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود ولزيادة شبهة فيها فعلم ان الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة الا في الحدود وسببه انه يحتاط في درء الحد عن المشهود بها وكان الاحتياط ردها ما كان كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها ولانها بدل اعتبار البدل في موضع يحتاط في اثباته لا فيما يحتاط في ابطاله فان جاء الاولون يعني الاصول شهدوا بالمعاينة بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعنده لا يقبل ايضا لان الشهادة بهؤلاء الاصول قد ردها الشرع من وجه برده الشهادة الفروع في عين الحادثة التي شهد بها الاصول اذ هم قائمون مقامهم فصار شبهة في درء الحد عن المشهود عليه بالزنا ثم لا يحد الشهود الاصول ولا الفروع لان عددهم متكامل فلم تكن شهادتهم قذفا غير انه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه فلا توجب حد القذف على الشهود **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم حاصل وجوده برجوع واحد ثلاثة اما قبل القضا او بعده قبل الامضاء او بعده ذكرها المص كلها فذكر اولا ما اذا رجع واحد من الاربعة بعد الامضاء وهو الرجم مثلا وان حكمه انه وحده يغرم ربع الدية اما غرامة ربع الدية فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباعها فتكون التالف بشهادة الراجع ربعها لاتلافه بها ربع النفس حكما فيضمن بدل الربع وقال الشافعي يجب القتل لا المال بناء على اصله في شهود القصاص انهم اذا رجعوا يقتلون قال المص وسنبينه في الديات قيل وقعت الحوالة غير رائجة لانه لم يذكر فيه واما حد الراجع وحده فمذهب علمائنا الثلاثة يحد وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذفا حيا برجوعه فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث لان الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وحكمه برجمه يوجب شبهة في احصانه ولهذا لا يحد الباقون اجماعا **قوله** ولنا الخ حاصله اختيار الشق الثاني وهو انه قذف ميت ثم نفي الشبهة الدارئة لحد القذف عنه اما انه قذف ميت فلان الرجوع تنفسخ شهادته فتصير قذفا للحال لا انه بالرجوع يستبين ان تلك الشهادة كانت قذفا من الاول لانها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير ان بالرجوع ينفسخ فتصير قذفا للحال كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لا انه تبين انه وقع حين التكلم به وكذا اذا فسخ وارث المشتري البيع مع البائع بعد موت المشتري يثبت به الملك في الحال للبائع بخلاف ما لو ظهر احدهم عبدا بعد الحد فانهم يحدون كلهم لانه ظهر ان الراجع وغيره قذفه لان العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون وانما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور احدهم عبدا لانه قذف حيا فمات واما ان كونه مرجوما ليس شبهة في حقه دارئة للحد عنه ولانه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بني عليها وهو القضاء برجمه في حقه بزعمه واعترافه فاذا انفسخ تلاشى فكانه لم يكن لكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة في حقه لان زعمه معتبر في حقه بخلاف غيره لانه لم ينفسخ في حق غيره فلذا حد الراجع ولم يحد غيره لو قذفه لان القضاء لما كان قائما في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه ثم ذكر المص رجوع الواحد قبل الامضاء بعد القضاء فقال فان لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم اي بعد القضاء قبل الامضاء حدوا جميعا وقال محمد وزفر يحد الراجع وحده لان الشهادة تاكدت بالقضاء

فان كانوا خمسة فرجع احدهم فلا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رح معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رح هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهم انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه

فلم يبق طريق الى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبل الامضاء انما يؤثر فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء ولهما ان الامضاء اي استيفاء الحد من القضاء وقد تقدم بيان كون الامضاء من القضاء بحقوق الله تعالى في مسئلة التقادم فكان رجوعه قبل الامضاء كرجوعه قبل القضاء وتظهر ثمرة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت اسباب الجرح في الشهود او سقوط احصان المقذوف او عزل القاضي يمتنع استيفاء حد القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وهو قول الائمة الثلاثة وقال زفر يحد الراجع خاصة لان رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فبقي شهادتهم على ما هي عليه لا تنقلب قذفا ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما تصير شهادة باتصال القضاء به ولم يتصل به لان رجوعهم منع من ذلك فيبقى قذفا فيحدون والاولى ان يقال كلامهم قذف في الاصل وانما تصير شهادة ما دام بصفة ايجابه القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان قذفا وهذا لان كونه لا يخرج عن القذف الى الشهادة الا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع اذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع من الاداء يحد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة اياه الى الزنا قولا فكذا اذا رجع احدهم يحد ثلاثتهم بقولهم زنى **قوله** وان كانوا خمسة عطف على اول المسئلة ولو شهد اربعة ورجع احدهم اي بعد الرجم لا شيء عليه لا حد ولا غرامة لانه بقي بعد رجوعه من يبقى بشهادته كل الحق وهو الشهادة الاربعة وهو قول الائمة الاربعة سوى قول الشافعي في غير الاصح عندهم وان رجع آخر مع الاول حد كل منهما وغرما ربع الدية وللشافعي تفصيل وهو انهما ان قالا اخطأنا وجب عليهما قسطهما من الدية وفيه وجهان في وجه خمساها وفي وجه ربعها كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان اما الحد فلما ذكرنا يعني من ان الشهادة تنقلب قذفا للحال فعليهما الحد يعني عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما قذفا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثاني لان رجوع الثاني هو الموجب للحد واما الغرامة فلانه يبقى من تبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق والمعتبر في قدر لزوم الغرامة بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا وزكوا بان قال المزكون هم احرار مسلمون عدول اما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق اذا ظهروا عبيدا فان زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كفارا وعبيدا فاما ان يستمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم احرار مسلمون فلا شيء عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بانهم كانوا مسلمين فاذا ما ظهر كفرهم وان اخطأنا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التي فيها الخلاف الا ان يقولوا تعمدنا وقلنا هم احرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففي هذه الصورة قال ابو حنيفة رح الدية على المزكين وقال ابو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الائمة الثلاثة اذا عرف هذا فقول المص فقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله اذا رجعوا عن التزكية لانه يوهم ان في صورة الرجوع الخلافية قولين ان يرجعوا بهذا الوجه او باعم منه وليس كذلك لهما انهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة او التسبب او عدم المباشرة ظاهر وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما اثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو اثنوا على المشهود عليه بالاحصان فكما لم يضمن الشهود الاحصان بعد رجم المشهود عليه به اذا ظهر غير محصن لانهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون ولابي حنيفة ان الشهادة بالزنا انما تصير حجة موجبة

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيداً فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لأنه قتل نفساً معصومة بغير حق وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل فأورث شبهة بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ولأنه ظنه مباح الدم معتمداً على دليل مبيح فصار كما إذا ظنه حربياً وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لأنه عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب ذلك في ثلث سنين لأنه وجب بنفس القتل وإن رجم ثم وجدوا عبيداً فالدية على بيت المال لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله إليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم يأتمر أمره

وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة

للحكم بالرجم على الحاكم بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة للإتلاف لأنها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها على ما عرف بخلاف الإحصان فإنه ليس موجباً للعقوبة ولا لتغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الإحصان يوجبها غليظة لأنه كفران نعمة الله فلم تضف العقوبة إلى نفس الإحصان الذي هو النعمة بل إلى كفران النعمة فكانت شهادة به الشهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة والسبب وضع الكفران في موضع الشكر ثم أفاد المصنف أنه لا يشترط في التزكية لفظ الشهادة بأن قالوا نشهد أنهم أحرار الخ بل ذلك أو الإخبار كأن يقولوا هم الأحرار وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقاً ثم لا يشترط العدد في المزكي عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق والأربعة في الزنا وتجوز شهادة رجل وامرأتين في الإحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لأنهم قذفوا حياً فمات ولا يورث استحقاق حد القذف واعلم أنه وقع في المنظومة قوله: على المزكين ضمان من رجم ❊ إن ظهر الشاهد عبداً فعلم ❊ وأوجبا ضمان هذا المتلف ❊ من بيت مال المسلمين فاعرف ❊ وفي المزكين إذا هم رجعوا كذا وقالا عزروا أو رجعوا ❊ وفي المختلف ما يوافق ما في المنظومة لأنه قال بعد ذكر الخلاف مطلقاً عن قيد الرجوع وعلى هذا الخلاف إذا رجع المزكون قال في المصفى شرح المنظومة وهذا إشكال مشكل فإنا إن أولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وإن لم يأولها بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان ويدل عليه أنه ذكر فخر الإسلام في الجامع الصغير مطلقاً كما ذكرنا وفي الشرح خلافه ثم قال ويحتمل أن يأول بالرجوع ولا يلزم التكرار لأن المسئلة الأولى فيما إذا ظهر المشهود عبيداً أو رجع المزكون أيضاً والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما إذا رجع المزكون فحسب فالتفاوت ظاهر انتهى وعلى هذا فالخلاف في موضعين ما إذا ظهروا عبيداً ورجعوا وما إذا رجعوا فقط وأما التعزير بهم فاتفاق وقول صاحب المجمع ولو عبيداً شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهروا واحدهم عبيد فالضمان على المزكين إن تعمدوا وقالا في بيت المال ولو رجع المزكون عزروا لا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم بل أفاد مجرد الاتفاق على التعزير فالإشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف ولا ينفرد الظهور بتضمين الخلافي بل الاتفاق أنه في بيت المال كما سيذكر ويتفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه أهو عليهم أو على هو بيت المال وبه يزول الإشكال عنه غير أن من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجب الضمان على الخلاف ولم يذكر في الأصول كالجامع والأصل **قوله** وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه الخ استوفى أقسامها في كافي حافظ الدين فقال إن شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر الإمام برجمه فقتله رجل عمداً أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطأ على عاقلته وكذا إذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وإن قضى برجمه فقتله رجل عمداً أو خطأ لا شيء عليه وإن قتله عمداً بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيداً أو كفاراً أو محدودين في قذف فالقياس أن يجب القصاص لأنه قتل نفساً محقون الدم عمداً لكنه لما ظهر عن الشهود ذلك تبين أن القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به إذ المأمور به الرجم وهو قد حز رقبته فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولاً إليه فبقي مقصوراً عليه وفي الاستحسان تجب الدية لأن قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء صحيحاً فأورث شبهة الإباحة وهذا لأنه لو نفذ ظاهراً وباطناً يثبت حقيقة الإباحة فإذا نفذ من وجه دون وجه يثبت شبهة الإباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة يعني فيقتص منه في العمد فصار كمن قتل إنساناً على ظن أنه حربي وعليه

واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعى رحمه الله فالشافعى مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة فى غير الاموال وزفر رحمه الله يقول انه شرط فى معنى العلة لان الجناية يتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه فصار كما اذا شهد ذميان على ذمى زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا فلا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون فى معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به فى غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت بسبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

علاما ثم ظهر انه مسلم وعليه الدية فى ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب فى ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فاشبه الثمن وما فى الكتاب لا يخفى بعد ذلك وقوله وان رجم ضبطه الاساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره الى الرجل فى قوله فضرب رجل عنقه وليطابق قول السرخسى فى المبسوط واما فى مبسوط شمس الائمة حيث قال فيه وان كان هذا الرجل قتله رجما ثم وجدوا عبيدا تجب الدية فى بيت المال لما ذكرنا يعنى فى مسئلة الجلاد اذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاد الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم كذا هذا اى الرجل القاتل بالرجم بعد امر القاضى بخلاف ما اذا ضرب عنقه ثم ظهروا عبيدا تجب الدية فى ماله كما ذكرنا لانه لم يأتمر امره فلم ينتقل فعله اليه كما ذكرناه آنفا ولهذا لو ودية على القتل بالسيف ولا يودية منها لانه لم يخالف **قوله** واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر الى فرجها قبلت شهادتهم وبه قال الشافعى فى المنصوص ومالك واحمد لانه لضرورة ثبوت القدرة على اقامة الحسبة والنظر الى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب وعد فى الخلاصة مواضع حل النظر الى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة فى العنة والرد بالعيب والمرأة فى حق المرأة اولى وان لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة بخلاف ما لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا يقبل اجماعا ونسب الى بعض العلماء انه لا تقبل شهادتهم الا اذا لم يبينوا كيفية النظر فيحمل انه وقع اتفاقا لا قصدا وقلنا النظر يباح للحاجة على ما قلنا **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم قال المصنف معناه انه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط اى شرائط الاحصان لان الحكم شرعا بثبوت النسب منه حكم بالدخول الى آخره ذلك وكذا لو طلقها طلقة تعقب الرجعة ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة الغرض انهما مقران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الاحصان فاذا ثبت بشهادة الشرع فاقرارهما اولى ومعنى كون المعنى ما ذكر المصنف من ان الغرض وجود سائر شرائط الاحصان يدخل فيه ان بينهما نكاحا صحيحا فما عن الائمة الشافعى ومالك واحمد من انه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول على وجه الصحة ليس بخلاف لان الفرض انها امرأته لا يكون من وطء بشبهة لغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لان النكاح الفاسد لا يستمر ظاهرا موكدا على وجه الدائمة والاستقرار كما يفيده قوله وله امرأة **قوله** فان لم تكن ولدت له وشهد عليه الخ والمقصود من هذا ان الاحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعى ومالك واحمد الا ان المبنى مختلف فعندهم شهادتهن فى غير الاموال لا تقبل وعند زفر قبلت الا انه يقول الاحصان شرط فى معنى العلة والشان فى اثبات انه فى معنى العلة وما نفيه لانه المدار فقال لان تغليظ العقوبة تثبت عنده بخلاف الشرط المحض فاشبهت حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان على ذمى زنى عبده المسلم وهو محصن انه اعتقه قبل زناه لا تقبل مع ان شهادة اهل الذمة على الذمى بالعتق مقبولة فى غير هذه الحالة لما ذكرنا من انه شرط فى معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه اذا كان المقصود تكميل العقوبة ولزم من اصله هذا وهو انه شرط فى معنى العلة انه اذا رجع شهود الاحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون اذا كان علامة محضة ولنا فى نفى انه فى معنى العلة ان الاحصان ليس الا عبارة عن خصال حميدة بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه

فلا يتصور كونها سببا للعقوبة ولا سببا لسببه فان سببها المعصية والاحصان لسبب الوضع مانع من سبب العقوبة لانه سبب لضد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل ان يكون في معنى علة الحكم وهو مانع لسببه فالسبب ليس الا الزنا الا انه يختلف الحكم ففي حال الاحصان حكمه الرجم وفي غيره الجلد فكان الاحصان السابق على الزنا معرفا بخصوص الحكم الثابت بالزنا اعني خصوص العقوبة والعلامة المحضة قط لا يكون لها تاثير فلا يكون علة ولا في معناها فكيف يضاف الحكم اليها وظهر ان الواقع ان الاحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة وبالشهادة ليظهر ما يثبت بالزنا عند الحاكم فلما لم يكن سببا للعقوبة ولا علة جاز ان يدخل في اثباته شهادة النساء كما لو شهدتا مع الرجل جاز ان يدخل في اثباته شهادة النساء كما لو شهدتا مع الرجل بالنكاح من غير هذه الحالة والدخول في غرض آخر كتكميل المهر حتى يثبت احصانه ثم اتفق ان شهد عليه بالزنا اليس انه يرجم كذا اذا شهدتا بعد ظهور الزنى به فكما ثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعده صار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهد اثنان بالدين عتق العبد ولا يضاف العتق الى الشهادة بالدين بل الى المعلق كذا هذا لا يضاف الرجم بعد الشهادة بالاحصان الى هذه الشهادة بل الى الزنا بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادة الذميين على الذمي لشهادتهما عليه بالاعتاق وانما لا يعتق بسبق التاريخ لانه ينكره العبد المسلم اذ يتضرر به فلا ينفذ شهادتهما عليه لانه تتغلظ العقوبة فيتضرر به لعدان كانت خمسين تستشكل كونه ليس في معنى العلة للحد بانه لو اقر بالاحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا لا تقبل بينة الاحصان حسبة بلا دعوى فيجب ان يشترط في الشهادة به الذكورة كالتزكية عند ابي حنيفة اجيب بان صحة الرجوع لا يتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه اذا رجع عنه ولا مكذب له في سبب الحد بخلاف الاقرار بالدين فان المقر له يكذبه في رجوعه وانما صحت الحسبة فيه لانه من اظهار حق الله تعالى والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سببا لاصل العقوبة فحين تثبت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الامة تسمع بلا دعوى عند ابي حنيفة لتضمنه تحريم الفرج **فروع** من المبسوط شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان انه تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها يثبت الاحصان فيرجم وعند محمد لا يثبت فلا يرجم كما لو شهدا انه اقربها او آتاها اذ ليس بصريح وهذا لان الدخول يراد به الجماع ويراد به الخلوة ولا يثبت الاحصان بالشك ولهما ان الدخول يراد به الجماع عرفا مستمرا حتى صار يتبادر مع النكاح والتزويج والنساء قال تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فلا اجمال فيه عرفا فكانت كشهادتهم على الجماع ولو شهد اربعة على الزنا بفلانة واربعة غيرهم شهدوا انه بامرأة اخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته اجماعا وحدوا للقذف عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق معتبر في حقهم لا في حق غيرهم فصار في حق كل فريق كان الفريق الآخر ثابت على الشهادة ولهما ان كل فريق اقر على نفسه بالتزام حد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانهم قذفوه بغير حق ولو شهد اربعة على رجل بالزنا فاقر مرة به حد عند محمد لان البينة وقعت معتبرة فلا يبطل اي باقرار معتبر اذ الاقرار مرة هذا كالعدم وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يحد وهو الاصح لان شرط قبول البينة انكار الخصم وهو مقر لا حكم لاقراره فبطل الحد ولان الاقرار وان فسد حكما فصورته قائمة فيورث شبهة

باب حد الشرب قدم حد الزنا عليه لان سببه اعظم وجبرا ولذا كان حده اشد واخر عنه حد القذف المتيقن سببه بخلاف حد القذف لان سببه وهو القذف قد يكون صدقا واخر حد السرقة وان كان اشد لان شرعيته لصيانة اموال الناس وصيانة الانساب والعقل اكد من صيانة المال لقي انه آخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقاية النفس عن كل ما تكره **قوله** ومن شرب الخمر

فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل شعر يقولون لي انكه شربت مدامة ÷ فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا ÷ وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رض فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على الشرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجهال

فاخذ اي الى الحاكم وريحها موجود وهو غير سكران منها ويعرف كونه يحد اذا كان سكران بطريق الدلالة او سكران اي جاؤا به اليه سكران من غير الخمر من النبيذ فشهد الشهود عليه بذلك اي بالشرب في الاول وهو عدم السكر منها وفي الثاني وهو السكر من غيرها فانه يحد والشهادة بكل منهما مقيد بوجود الرائحة فلابد مع شهادتهما بالشرب ان يثبت عند الحاكم ان الريح قائم حال الشهادة وهو بان يشهدا به والشرب او يشهدا به فقط فيامر القاضي باستنكاهه فيستنكه ويخبره بان ريحها موجود واما اذا جاؤا به من بعيد فزالت الرائحة فلابد ان يشهدا بالشهادة ويقولا اخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم اخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعد ما حملنا كونه سكران من غير الخمر فان ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا لان الحد لا يجب عند ابي حنيفة وابي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد في الثاني ان يشهدوا بانه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر وكذلك عليه الحد اذا اقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت بالبينة والاقرار ولم يتقادم العهد والاصل في ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه الى ان قال فان عاد الرابعة فاقتلوه اخرجه اصحاب السنن الا النسائي من حديث معاوية وروي من حديث ابي هريرة اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر الخ قال الترمذي سمعت محمد بن اسمعيل يقول حديث ابن صالح عن معاوية اصح من حديث ابي صالح عن ابي هريرة رض وصححه الذهبي ورواه الحاكم في المستدرك وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى ثم نسخ القتل اخرج النسائي في سننه الكبرى عن محمد بن اسحاق عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الخ قال ثم اتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد في لفظه فراى المسلمون ان الحد قد وقع وان القتل قد ارتفع رواه البزار في مسنده عن ابي اسحق انه عليه السلام اتي بالنعمان قد شرب الخمر ثلثا فامر به فضرب فلما كان في الرابعة امر به فجلد الحد فكان نسخا وروى ابو داؤد في سننه قال ثنا احمد بن عبدة الضبي ثنا سفيان قال الزهري انبانا قبيصة بن ذويب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة او الرابعة فاقتلوه فاتي برجل قد شرب فجلده ثم اتي به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة قال سفيان حدث الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما كونا وافدي اهل العراق بهذا الحديث انتهى وقبيصة في صحبته خلاف واثبات النسخ بهذا احسن مما اثبته به المص في كتاب الاشربة من قوله عليه السلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ نعم يمكن ان يوجه بالنسخ الاجتهادي تعارضا في القتل فترجح النافي له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم في كل ترجيح عند التعارض **قوله** وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها او ذهب السكر من غيرها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه اي هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا انه بستة اشهر او بتفويض الحد الى راي القاضي او بشهر وهو المختار وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان بلا شك بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل شعر يقولون لي انكه قد شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وانكه بوزن امنع وتكه من بابه اي اظهر رائحة فمه وقال الآخر شعر سفرجلة تحكي ثدي النواهد لها عرف ذي فسق وصفرة زاهد فظهر ان رائحة الخمر مما يلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الاحكام بوجودها ولا بذهابها ولو سلمنا

وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

انها تلتبس على ذوي المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان المعقول يقتضي قبولها لعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تاخير الاداء تاخيرا يعد تفريطا وذلك منتف في تاخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة اجاب المصنف وغيره بما حاصله ان اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرفت من قول ابن مسعود وهو ما روى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن يحيى بن عبد الله التيمي الجابر عن ابي ماجد الحنفي قال جاء رجل بابن اخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد به من الغد ودعا بالسوط ثم امر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك واعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه اسحاق بن راهويه اخبرنا جرير بن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجابر به ودفع بان محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها الا مع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت ادائها بل ولا اقرار انما فيه انه حده بظهور الرائحة بالترترة والمزمزة التحريك ليستكشف والترترة والتلتلة التحريك وهما بتاءين مثناتين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا • بعيد مساف الخطو غوج شمردل • تقطع انفاس المهاري تلاتله • اي حركاته والمساف جمع مسافة والغوج بالغين المعجمة الواسع الصدر ومعنى تقطيع تلاتله انفاس المهاري انه اذا باراها في السير اظهر في انفاسها الضيق والتتابع لما يجهدها وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا انزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احسنت فبينا هو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال اتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد فاخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر وفي لفظ ريح شراب والحاصل ان حده عنده وجود الريح مع عدم البينة والاقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع احدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول الشافعي ورواية عن احمد والاصح عن الشافعي واكثر اهل العلم نفيه وما ذكرنا عن عمر يعارض ما ذكر عنه عزر من وجد منه الرائحة ويترجح لانه اصح وان قال ابن المنذر ثبت عن عمر رضي الله عنه انه جلد من وجد منه ريح الخمر الحد تاما وقد استبعد بعض اهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو ان الاصل في الحدود اذا جاء صاحبها مقرا ان يرد ويدرأ ما استطيع فكيف يامر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده فان صح فتاويله انه كان رجلا مولعا بالشراب مدمنا عليه فاستجاز ذلك فيه واما قوله ولان الرائحة من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب ثم اجاب عما يتوهم من ان الرائحة مشتبهة بقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال فليس بمفيد لان كونها دليلا على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم لان القرب يتحقق لصور كثيرة لا لصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لان ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع فقوله بعده وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ان اراد ان اعتبار القرب بالرائحة وهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح **قوله** واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا لا يبطل الاقرار بالتقادم اتفاقا على ما مر تقريره من ان البطلان للتهمة والانسان لا يتهم على نفسه وعندهما لا يقام الحد على المقر بالشرب الا اذا اقر عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود

فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه او هو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد فى قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة فى حد الزنا والشاهد لا يتهم به فى مثله ومن سكر من النبيذ حد

وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا بمعنى انه لم يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه فى غيرها بالاصل لا مضافا الى لفظ الشرب واما اضافة ثبوته على الاجماع بعد قوله والاصل فيه قول عمر الخ فقيل لانه من الآحاد ومثله لا يثبت الحد والاجماع قطعى ولا يخفى ان هذا مذهب الكرخى فاما قول الجصاص وهو قول ابى يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فان كان المصنف يرى انه لا يثبت به اشكل عليه جعله اياه اول الاصل فان لم يره اشكل نسبة الاثبات الى الاجماع وانت علمت انه انما الزم قياما حيث الحد بلا اقرار ولا بينة كما هو ظاهر ما قدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقراره فليبين فى الرواية وفى نوادر ابن سماعة عن محمد قال هو اعظم عندى من القول ان يبطل الحد بالاقرار واذا اقيم عليه الحد وان جاء بعد اربعين عاما **قوله** فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه فذهبوا به الى مصر فيها الامام او مكان بعيد فانقطع ذلك اى الريح قبل ان ينتهوا به اليه حد فى قولهم جميعا لان التاخير الى انقطاعها للعذر لبعد المسافة فلا يتهم فى هذا التاخير والاصل ان قوما شهدوا واخذ عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله الى المدينة فاقام عليه الحد **قوله** ومن سكر من النبيذ حد فالحد انما يتعلق فى غير الخمر من الانبذة بالسكر وفى الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الائمة الثلاثة كلما اسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عم كل مسكر خمر رواه مسلم وهذان مطلوبان ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع اما السماع فتارة بالاستدلال على ان اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك فمن الاول ما فى الصحيحين من حديث ابن عمر رض نزل تحريم الخمر وهى من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير وما فى مسلم عنه عم كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفى رواية احمد وابن حبان فى صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام واما ما يقال ان ابن معين طعن فى هذا الحديث فلم يوجد فى شئ من كتب الحديث وكيف له بذلك وقد روى الجماعة الا البخارى عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفى الصحيحين من حديث انس كنت ساقى القوم يوم حرمت الخمر وما شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر وفى صحيح البخارى قول عمر رض الخمر ما خامر العقل واذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الاشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب بثبوته فى الخمر لانه يسمى الخمر لكن هذا كلها محمولة على التشبيه بحذف اداته فكل مسكر خمر كزيد اسد اى فى حكمه وكذا الخمر من هاتين او من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمها بها جاز تنزيلها منزلتها فى الاستعمال ومثله كثير فى الاستعمالات اللغوية والعرفية يقول السلطان هو فلان اذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه اى المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كلما كان مثله من كذا وكذا فهو هو لا يراد الا الحكم ثم لا يلزم فى التشبيه عموم وجهه فى كل صفة فلا يلزم من هذه الاحاديث ثبوت الحد بالاشربة التى هى غير الخمر بل يصح الحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها فى الجملة اما قليلها وكثيرها او كثيرها المسكر منها وكون التشبيه خلاف الاصل يجب المصير اليه عند الدليل عليه وهو ان الثابت فى اللغة من تفسير الخمر بالنى من ماء العنب اذا اشتد وهذا مما لا شك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم ولقد يطول الكلام بايراده ويدل على ان الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رض حرمت الخمر وما بالمدينة منها شئ اخرجه البخارى فى الصحيح ومعلوم انه انما اراد ماء العنب لثبوت انه كان بالمدينة غيرها لما ثبت من قول انس وما شرابهم يومئذ اى يوم حرمت الا الفضيخ البسر والتمر وعن

لما روي ان عمر رض اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى

انما اطلق هو وغيره فيه الحمل لغيرها عليها بهو هو كان على وجه التشبيه واما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى ابوداؤد والترمذي من حديث عائشة رض عنه عم كل مسكر حرام وما اسكر الفرق منه فملؤ الكف منه حرام وفي لفظ الترمذي فالحسوة منه حرام قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه واجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن ابي وقاص انه عم نهى عن قليل ما اسكر كثيره اخرجه النسائي وابن حبان قال الترمذي لانه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو احد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الاشج عن عامر بن سعد بن ابي وقاص قد احتج به الشيخان حينئذ فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الاخير لان صريح هذه الروايات القليل وما اسند الى ابن مسعود كل مسكر حرام قال هي الشربة التي اسكرتك اخرجه الدارقطني ضعيف فيه الحجاج بن ارطاة وعمار بن مطر قال وانما هو من قول ابراهيم يعني النخعي واسند الى ابن المبارك انه ذكر له حديث ابن مسعود رض هذا فقال حديث باطل على انه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما اسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما وما روي عن ابن عباس رض من قوله حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب لم يسلم نعم هو طريق جيدة هي عن ابن عون عن ابن شداد عن ابن عباس رض حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب وفي لفظ وما اسكر من كل شراب قال وهذه اولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا انما فيه تحريم الشراب المسكر واذا كانت طريقه اقوى وجب ان يكون هو المعتبر ولفظ السكر تصحيف ثم لم يثبت ترجح المنع السابق عليه بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الا بسمع او بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكرا ولاصحابنا فيه منع خصوصا وعموما اما خصوصا فمنعوا ان حرمة الخمر معللة بالاسكار وذكروا عنه عم حرمت الخمر بعينها والمسكر الخ وفيه ما علمت ثم قوله بعينها ليس معناه ان علة الحرمة عينها بل ان عينها حرمت ولذا قال في الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام ولو كان المراد ما ذكرنا وهذا هو مراد المص بما ذكره في الاشربة من نفي تعليلها بالاسكار لان لم يذكره الا لنفي ان حرمتها مقيدة باسكارها اي لو كانت العلة الاسكار لم يثبت تحريم حتى يثبت العلة وهي الاسكار او مظنته من الكثير لان حرمتها ليست معللة اصلا بل هي معللة بانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره وان كان القدوري مصرا على منع التعليل اصلا ونقض رحمه الله هذه العلة بان الطعام الذي يضره كثيره لا يحرم قليله وان كان يدعو الى كثيره لكن المص ذكر في كتاب الاشربة ما يفيد ما ذكرنا فانه قال في جواب الحاق الشافعي حرمة المثلث العنبي بالخمر وانما يحرم قليله لانه يدعو الى كثيره لرقته ولطافته والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء ولا يخفى بعد هذا ان اعتبار دعاية القليل الى الكثير في الحرمة ليس الا لحرمة السكر ففي التحقيق الاسكار هو المحرم بابلغ الوجوه لانه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلوة واتيان المفاسد من القتل وغيره كما اشار النص الى عليتها ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد لا يثبت بالقياس عندهم وهو ما ذكرنا من المنع على العموم فاذا فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ولكن ثبت بالسكر منه باحاديث منها ما قدمناه من حديث ابي هريرة رض فاذا سكر فاجلدوه

ولاحد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار فلا يحد السكران
حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد

الحديث فلو ثبت به حل ما لم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم فموجبه ليس الا ثبوت الحد بالسكر ثم يجب ان يحمل على
السكر من غير الخمر لان حمله على الاعم من الخمر ينفي فائدة التقييد بالسكران في الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد لغيرها
انه لا يحد منها حتى يسكر واذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفيا عند عدم السكر بالاصل حتى يثبت ما يخرجه عنه ومنها
ما روى الدارقطني في سننه ان اعرابيا شرب من اداوة عمر نبيذا فسكر به فضربه الحد فقال الاعرابي انما شربته من اداوتك فقال عمر
انما جلدناك بالسكر وهو ضعيف لسعيد بن ذي لعوة ضعيف وفيه جهالة وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا علي بن مسهر عن الشيباني
عن حسان بن مخارق قال بلغني ان عمر بن الخطاب ساير رجلا في سفر وكان صائما فلما افطر اهوى الى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ فشربه
فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له عمر انما جلدناك لسكرك وفيه بلاغ وهو عندهم انقطاع واخرج الدارقطني
عن عمران بن داور عن خالد بن دينار عن ابي اسحاق عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتي برجل فذكر سكر من نبيذ
تمر فجلد وعمران بن داور بفتح الواو فيه مقال وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي ان
رجلا شرب من اداوة علي رضي الله عنه بصفين فسكر فضربه الحد ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبي
عن علي بنحوه وقال فضربه ثمانين وروى ابن ابي شيبة ثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن ابن عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس
قال في السكر من النبيذ ثمانون فهذه وان ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه الى الحسن مع ان الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف
انما هو في الحد بالقليل غير ان هذه الادلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمصنف قيد وجوب الحد بقوله ولا يحد السكران حتى
يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد فقد ذكرنا انه يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند
ابي حنيفة يعني اذا شرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ولا يقع طلاقه اذا طلق سكران منها كالنائم
الا ان المصنف في كتاب الاشربة قال وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح
انه يحد وانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الاشربة
بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا انتهى وهو قول محمد فقد صرح بان اطلاق قوله هنا لان السكر من المباح
لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن ابي حنيفة وسفيان انهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع الى راسه وطلق امراته
هل يقع قالا ان كان يعلمه حين شربه ما هو يقع **قوله** ولا حد على من وجد به ريح الخمر او تقياها لان الرائحة محتملة فلا يثبت مع
الاحتمال ما يندرئ بالشبهات وكذا الشرب قد يكون عن الاكراه فوجود عينها في القيء لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب
واورد عليه انه قال عن قريب والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس قال وتكلف بعضهم في توجيهه يريد به
صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء قال وللقائل ان يقول
اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فاذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي ان يحد ولم يقل
احد ونقل ايضا عنه ان التمييز لا يعاينه ونظر فيه بان من عاين الشرب يبني على يقين لا على استدلال وتخمين وصاحب الهداية

ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رض

اثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان انتهى فبقي الاشكال بحاله ولا يخفى ان المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على انه خمر بالرائحة فكون المص جعل التمييز لفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان ثم لا شك ان كون الشيء محتملا لا ينافي ان يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز ان يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التمييز بالاستدلال ولا شك ان المنظور اليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء اما الموضع الثاني وهو عدم الحد لوجود الرائحة والتقي فظاهر وطريقه انه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدل عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها واما في الموضع الاول فلا شك ان في اثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والاقرار درءا كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكائن للدرء الا باعتبار امكان تمييز رائحة الخمر من غيرها فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد في الاستدلال فان كان ملزوما لشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء لانه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولا بهما في ازمنة كثيرة متاخرة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وحين اشترط ذلك وصحت طريقه مع الشبهة والاحتمال فظهر ان كلا صحيح في موضعه فدرء الحد في مجرد الرائحة والقي الاحتمال ورد الشهادة بلا رائحة اذا لم يكن التمييز الا مع الاحتمال **قوله** ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وهذا باجماع الائمة الاربعة لان غيبوبة العقل او غلبة الطرب والشرح تخفف الالم حتى حكى لي ان بعض المتصابين استدعوا انسانا ليضحكوا عليه به اخلاط ثقيلة لزوجة بركبتيه لا يقلهما الا بكلفة ومشقة فلما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض الحاضرين من خالص بصحيح والا فصح هذه الجمرة على ركبتك فاقدم ووضعها حتى اكلت ما هناك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفيت او ازالها بعض الحاضرين الشاك منى فلما افاق وجد ما به من جراحة النار البالغة وورمت ركبته مكث بها مدة الى ان برئت فعادت بذلك الكي البالغ في غاية الصحة والنظافة من الاخلاط وصار يقول يا ليتها كانت في الركبتين ثم لم يستطع اصلا في حال صحوه ان يفعل مثل ذلك بالاخرى لتستريح من المها ومنظرها واذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته الا حال الصحو وتاخير الحد لعذر جائز **قوله** وحد الخمر والسكر اي من غيرها ثمانون سوطا وهو قول مالك واحمد وفي رواية عن احمد وهو قول الشافعي اربعون الا ان الامام لو راى ان يجلده ثمانين جاز على الاصح واستدل المص على تعيين الثمانين باجماع الصحابة روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا واردينا حتى كان آخر امرة عمر فجلد اربعين حتى عتوا وفسقوا جلد ثمانين واخرج مسلم عن انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال ثم جلد ابو بكر اربعين فلما كان عمر ودنى الناس من الريف والقرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ارى ان تجعله ثمانين كاخف الحدود فجعله عمر رض ثمانين وفي الموطا ان عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن ابي طالب نرى ان تجلده ثمانين فانه

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف

اذا شرب سكر واذا سكر هذا واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من علي وعبد الرحمن بن عوف اشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصرا على هذا ومرة على هذا واخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس ان الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالايدي والنعال والعصا حتى توفي فكان ابو بكر يجلدهم اربعين حتى توفي الى ان قال عمر ماذا ترون فقال علي رض اذا شرب الخ وروى مسلم عن انس قال اتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين وفعله ابو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف اخف الحدود ثمانون فامر به عمر فيمكن بجريدتين متعاقبتين بان انكسرت واحدة واخذت اخرى والا فهي ثمانون ويكون مما راى عمر في ذلك الرجل وقول الراوي بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لا ينافي ذلك فان حاصله انه استشار فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى اليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان قوله وفعله ابو بكر يبعده والا لزم ان ابا بكر جلد ثمانين وما تقدم مما يفيد ان عمر هو الذي جلد الثمانين بخلاف ابي بكر والله اعلم وقد اخرج البخاري ومسلم عن علي رض قال ما كنت اقيم على احد حدا فيموت فيه فاجد منه في نفسي الا صاحب الخمر لانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسن فيه عددا معينا والا فمعلوم قطعا انه امر بضربه فهذه الاحاديث تفيد انه لم يكن مقدرا في زمنه عم بعدد معين ثم قدره ابو بكر وعمر باربعين ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم ان يجمعوا على تعيينه والحكم المعلوم منه عم عدم تعيينهم لعلمهم بانه عم انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم راوا اهل الزمان تغيروا الى نحوه او اكثر على ما تقدم من قول السائب حتى عتوا وفسقوا وعلموا ان الزمان كلما تاخر كان فساد اهله اكثر فكان ما اجمعوا عليه هو ما كان حكمه عم في امثالهم واما ما روي من جلد علي اربعين بعد عمر رض فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان رض اتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد انه راه شربها وشهد الآخر انه راه يتقياها فقال عثمان انه لم يتقياها حتى شربها فقال لعلي اقم عليه الحد فقال علي للحسين اقم عليه الحد فقال ول حارها من تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط فجلده وعلي يعد الى ان بلغ اربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم اربعين وجلد ابو بكر اربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا احب الي **قوله** ويفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا ونقل من قول ابن مسعود رض للضارب اعط كل ذي عضو حقه يعني ما خلا الوجه والراس والفرج وعند ابي يوسف يضرب الراس ايضا وتقدم **قوله** ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص وجه المشهور انا اظهرنا اي الشرع اظهر التخفيف مرة بنقصان العدد ولا يعتبر ثانيا بعد التجريد والا قارب المقصود من الانزجار للفوات وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفها الروث والخثي للضرورة قلنا الضرورة قد اثرت في النعال مرة فتكفي مؤنتها فلا تخفف مرة اخرى وله ضده في الصلوة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر ولان السفر قد اثر في اسقاط شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما في الطهارة ان لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده اولا من حيث هو وجوده والمعول عليه في كل موضع الدليل فعلى **قوله** وان كان عبدا فحده اربعون على ما عرف من ان الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة فاذا قلنا ان حد الحر ثمانون قلنا

ومن اقر بشرب الخمر او السكر حد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال العبد الضعيف هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشائخ رحمهم الله وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شئ وشئ وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي رحمه الله يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره

لان حد العبد اربعون ومن قال حده اربعون قال حد العبد عشرون **قوله** ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تع ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا يصح ضم سببه لان اقراره بالسكر من غير الخمر اما في حال سكره ولا يعتبر اقرار السكر كما سيأتي او بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه **قوله** ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت باقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وقوله سنبينها هناك اي سنبين هذه المسئلة في الشهادات ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال ولا نعلم في ذلك خلافا لان فيها شبهة اي في شهادة النساء شبهة البدلية لقوله تع فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالاجماع لانهما لو شهدتا مع رجل مع امكان رجلين صح اجماعا وفيه تهمة الضلال لقوله تعالى ان تضل احدهما فتذكر احدهما الاخرى وفي الكشاف ان تضل اي لا تهتدي للشهادة وفي التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احدهما الاخرى اي تزيل نسيانها **قوله** والسكران الذي يحد لسكره من غير الخمر عند ابي حنيفة هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا او لا يعقل الرجل من المرأة زاد في الفوائد الظهيرية ولا الارض ولا السماء وقالا هو الذي يهذي ويخلط وبه قال الائمة الثلاثة ولما لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المص والمراد ان يكون غالب كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة في اقراره بالحدود وغير ذلك لان السكران في العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شئ واليه مال اكثر المشائخ واختاره للفتوى لان المتعارف اذا كان يهذي سمي سكرانا وتأيد بقول علي اذا سكر هذى ولابي حنيفة رح انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا بدليل الالزام في شهادة الزنا ان يقول كالميل في المكحلة وفي السرقة بالاخذ من الحرز التام لان فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرئ الحد واما في ثبوت الحرمة فما قالا فالاحتياط في امر الحدود في الحرمة وانما اختار للفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك انه حيث قال يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها فقد سلم ان السكر يتحقق قبل الحالة التي عينها وانه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر والحد انما انيط في الدليل الذي اثبت حد السكر بما يسمى سكرا لا بالمرتبة الاخيرة منه على ان الحالة التي ذكر قلما يصل اليها سكران فيؤدي الى عدم الحد بالسكر وقوله ما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ممنوع بل اذا حكم العرف او اللغة بانه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بانه سكران بلا شبهة صحو وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في انه سكران واذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة في سكره في نفي الحد لا ثبوت شبهة صحوه وروى بشر عن ابي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا ايها الكافرون ولا شك ان المراد ممن يحفظ القرآن او كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدرسها اصلا قال بشر انه قال لابي يوسف كيف امرتها من بين السور وكثيرا ما يخطئ فيها العاقل الصاحي قال لان الله بين ان الذي عجز عن قراءتها سكران يعني به ما في الترمذي عن علي بن ابي طالب رض صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلوة فقدموني فقرات قل يا ايها الكافرون لا اعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون فانزل الله تع يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا ينبغي ان يعول على هذا بل ولا يعتبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرأ قل

ولا يحد السكران بإقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في إقراره فيحتال لدرئه لأنه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته

يا أيها الكافرون يقول لا أحسنها الآن بل يندفع تاليا فيخلط إلى الكفر ولا ينبغي أن يلزم حد بطريق ذكرناه هو كفره إن لم يؤاخذ به نعم لو تعين طريقا لإقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فإن حد السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم هي ما ذكرنا وقوله تعالى لا تقربوا الصلوة وأنتم سكارى لمن لم يحدها لا يوجب قصر العرف عليه وعرف مما ذكرناه من استدل لأبي حنيفة رضي الله عنه بهذه الآية على أن السكر هو أن لا يعقل منطقا الخ غريق في الخطأ لأنها في علي وأصحابه ولم يصل سكرهم إلى ذلك الحد كما علمت من أنهم أدركوا الوجوب وقاموا للإسقاط وجعلهم سكارى فهي تفيد من قوله وأما قوله تعالى حتى تعلموا الآية فإنما أطلق لهم الصلوة حتى يصحو كل الصحو بأن يعلموا جميع ما يقولون حسبه أن يبدلوا البعض بما يقولون وليس منه أي من مراتب السكر كذا أو كذا بل أن من وصل إلى ذلك الحد الذي كانوا فيه يسمى سكرانا وكون المقدار الذي هو سبب الحد ما هو لا تعرض له بوجه وقول المصنف والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه يفيد أن المراد من الإجماع في قوله والمعتبر في القدح المسكر ما قالاه بالإجماع الإجماع المذهبي والإلزام يكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما واعترضه شارح بأنه قلده فخر الإسلام وفيه نظر فإن الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنسه وإن قل ولا يعتبر السكر أصلا ولا يخفى أنه ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر مطلقا ما هو اعتقاد الناقل أن الشافعي يحد بالسكر بل الحاصل أنه لما قال يحد بالسكر عندنا حد السكر مطلقا عنهما وعن الشافعي مفصلا عن الإمام أي هو باعتبار اقتضائه الحد هو ما قصصناه وباعتبار مجرد الحرمة هو ما ذكرت وجاز أن يكون لبعض من غير السكر لا يحد وإنما فسره باعتبار آخر كأن حلف بطلاق أو عتاق ليشربن حتى يسكر فيحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ثم استدله بأنه لا يتفاوت أي لا ينضبط فكم من صاح تمايل ويزلق في مشيه وسكران ثابت في مالا ينضبط لا ينضبط به ولأن الذي وقع في كلام علي رضي بحضرة الصحابة الاعتبار بالأقوال لا بالمشي حيث قال إذا سكر هذى الخ **قوله** ولا يحد السكران بإقراره على نفسه أي بالحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة إلا أنه يضمن المسروق وقيد بالإقرار لأنه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره أو بالسرقة يحد بعد الصحو ويقطع إنما لا يعتبر إقراره في حقوق الله تعالى لأنه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم أن السكران لا يثبت على شيء فذلك الإقرار من الأشياء والأقوال التي يقولها فهو محكوم بأنه لا يثبت عليه ويلزم الحكم بعد ساعة بأنه رجع عنه هذا مع زيادة شبهة أنه يكذب على نفسه مجونا وتهتكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندرئ عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فإنه مؤاخذ به لأن غاية الأمر أن يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل هذا والذي ينبغي أن يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الإقرار بالحدود على قول أبي حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم لأنه أدرأ للحدود ومنه لو اعتبر كقوله فيه في إيجاب الحد وهذا بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران كالصاحي فيما فيه حقوق العباد عقوبة عليه لأنه أدخل الآفة على نفسه فإذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغي أن يكون معناه أنه أقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الأنبذة المحرمة أو مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الأشربة المباحة وإلا فبمجرد سكره لا يحد لإقراره بالسكر

ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وفي ظاهر الرواية تكون ردة

باب حد القذف

وكذا يؤاخذ بالاقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها لانها لا تقبل الرجوع **قوله** ولو ارتد السكران لا تبين امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد او الاستخفاف وباعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضي ان السكران الذي لا تبين امرأته هو الذي لا يعقل منطقا كقول ابي حنيفة في حده والظاهر انه كقولهما وكذا لم ينقل خلاف في انه لا يحكم بكفر السكران بتكلمه مع انهما لم يفسرا السكران بغير ما تقدم عنهما فوجهه ان ابا حنيفة انما اعتبر عدم الادراك في السكران احتياطا لدرء الحد ولا شك انه يجب ان يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان في المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه فعلى المفتي ان يميل اليه ويبني عليه فلو اعتبر في اعتبار عدم ردته بالتكلم بما يكفر اقصى السكر كان احتياطا لتكفيره لانه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم اما فيما بينه وبين الله تع فان كان في الواقع قصده ان يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا فان قيل هذا الاعتبار مخالف للشرع فان الشارع اعتبر دركه قائما حتى خاطبه في حال سكره وذلك لان قوله تع لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى يتضمن خطاب السكارى لانه في حال سكره مخاطب بان لا يقربها بذلك الايجاب له قربانها ان لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدته اصلا فهو خطاب الصاحي ان لا تقربها اذا سكر فالانتفاء مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل درك شيء ما او لا كالنائم وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ولا شك ان تحقق الخطاب ولا درك ليس الا عقوبة اذ تلزمه الاحكام ولا علم له بما يصدر منه فاعتبار دركه زائلا في حق الردة لا يكفر حينئذ لعدم الاعتقاد والاستخفاف اعتبار مخالف لاعتبار الشرع في حقه قلنا ثبت من الشرع ما يقتضي انه بعد ما عاقبه بلزوم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في اصل الدين رحمة عليه في ذلك خاصة وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف المتقدم فانه لم يحكم بكفر القارئ مع اسقاط لفظة لا من قل يا ايها الكافرون ولا شك ان ذلك السكر الذي كان بهم لم يكن بحيث درك اصلا الا ترى الا انهم ادركوا وجوب الصلوة وقاموا الى الاداء فعلمنا ان الشارع رحمه الله في اصل الدين وعاقبه في فروعه ولهذا صححنا اسلامهم ولولا هذا الحديث لقلنا بردته فان لم يكن له درك لم تصح من الكافر لو كان سكران اسلامه مما ذكرنا يعرف صحة التفصيل الذي ذكرناه وهو ان هذا السكران الذي وقع منه كلمة ردة ولم يصل الى اقصى السكران كان من غير قصد اليها كما قرأ علي رض قل يا ايها الكافرون فغير فليس بكافر عند الله ولا في الحكم وان كان مدركا لها قاصدا مستحضرا معناها فانه كافر عند الله تع بطريق تكفير الهازل وان لم يحكم بكفره في القضاء لان القاضي لا يدري من حاله الا انه سكران تكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره والله اعلم

باب حد القذف تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده والقذف لغة الرمي بالشيء وفي الشرع رمي بالزنا وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تع ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المومنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عم اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هي يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله والا بالحق واكل الربو واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المومنات الغافلات متفق عليه وعنه عم من اقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودي يوم القيمة ليدخل من اي ابواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تع والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والمراد الرمي بالزنا حتى لو رماه بسائر المعاصي غيره لا يجب الحد

واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا **قال** ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا

بل التعزير وفي النص اشارة اليه اي الى ان المراد الرمي بالزنا وهو اشتراط اربعة من الشهود يشهدون عليها بما رماها عليه به ليظهر به صدقه فيما رماها به والاشياء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة اربعة الا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بالغاء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال رفع عار ما نسب اليه بالتاثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت اهلية الاجتهاد

قوله اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا بان قال زنيت او يا زاني وطالبه المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان القاذف حرا وان كان عبدا حد اربعين سوطا وشرط الاحصان في المقذوف وهو ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية وانه يحد قاذف العبد وعن احمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وان كان صبيا وهي خلاف المصحح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن ابي ليلى يحد بقذف الذمية اذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسيأتي الوجه عليه وقوله بصريح الزنا يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يا زاني بخلاف ما لو قال هو كما قلت فانه يحد ولو قال اشهد انك زان فقال الآخر وانا اشهد لا حد على الثاني لان كلامه محتمل ولو قال وانا اشهد بمثل ما شهدت به حد ويحد بقوله زنى فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعدما قطع كلامه وانت مكرهة بخلافه موصولا وكذا اذا قال لست ابي يزانية او ابي فانه لا يحد وبه قال الشافعي واحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح وقال مالك وهو رواية عن احمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي انه جلد رجلا بالتعريض ولانه اذا عرف المراد به لسلامة من القرينة صار كالصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فانا رأيناه جرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة واباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فاذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمها في غير الحد لم يجز ان يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في درئه واما الاستدلال بانه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذي قال يا رسول الله ان امرأتي ولدت غلاما اسود ولم يعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وقد اورد ان الحد يثبت بنفي النسب وليس صريحا في القذف ويرده باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات فاجيب بانه يثبت بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق ان دلالة المقتضى في ذلك لما سنذكر بل حده بالاثر والاجماع فهو وارد لا يندفع ولا فرق في ثبوت القذف بعد ان يكون بصريح الزنا بين ان يكون بالعربي والنبطي والفارسي او غير ذلك ولا يحد لو قال لها زنيت بحمار او بعير او ثور لان الزنا ادخال رجل ذكره الخ بخلاف ما لو قال زنيت بناقة او اتان او ثوب او دراهم حيث يحد لان معناه زنيت واخذت البدل اذ لا تصلح المذكورات للادخال في فرجها ولو قال لها هذا الرجل لا يحد لانه ليس المعروف في جانبه اخذ المال ولو قال زنيت وانت صغيرة او جامعك فلان جماعا حراما لا يحد لعدم الاثم ولعدم الصراحة اذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد في قوله يا حرام زاده لانه ليس كل حرام زنا ولا بقوله اشهد ان رجل انك زان لانه حاك لقذف غيره ولا بقوله انت ازنى من فلان او ازنى الناس او ازنى الزناة لان افعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكانه قال انت اعلم به وسيأتي خلافه في فروع نذكرها واما اشتراط مطالبة المقذوف فاجماع اذا كان حيا فان كان ميتا فمطالبة من يقع القدح في نسبه بنفيه من غير المقذوف بمفهوم الصفة وهو معتبر وارد وينبغي ان لا تشترط المطالبة لان المغلب فيه حق الله تعالى فالجواب ان

ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم اليه وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه

حق العبد مطلقا فيتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان مخلوبا بالغم يرد على ظاهر العبارة قاذف نحو الرتقاء والمجبوب فانه لا يحد فيهم مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا وكذا الاخرس لاحتمال ان تصدقه لو نطق وفي الاولين كذبه ثابت بيقين وانتفى الحاق الشين الا بنفسه ولو قال لرجل يا زانية لا يحد استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح يحد لانه قذفه على المبالغة فان التاء تزاد له كما في علامة ونسابة ولهما انه رماه بما يستحيل منه فلا تحد كما لو قذف مجبوبا وكذا لو قال انت محل للزنا لا يحد وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد لها من التانيث ولو كان حقيقة والحد لا يجب بالشك ولو قال لامرأة يا زاني حد عندهم لان الترخيم شائع ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا **قوله** ولا يجرد من ثيابه الا في قول مالك لان سببه وهو النسبة الى الزنا كذبا غير مقطوع به لجواز كونه صادقا غير انه عاجز عن البيان بخلاف حد الزنا لان سببه معاين للشهود او للمقر به والمعلوم لهما هنا نفس القذف فايجابه الحد ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة وحكما لعدم اقامة البينة قال تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون فالحاصل انه تعالى منع من النسبة الى الزنا الا عند القدرة على الاتيان بالشهداء لان فائدة النسبة هناك تحصل اما عند العجز فانما هو تشنيع لمتعلقه تقابل بمثلها فلا فائدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو اي الثوب المحشو لانه يمنع من وصول الالم اليه ومقتضاه انه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر عنه انه ان كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو او قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذي يصلح زاجرا **قوله** والاحصان ان يكون المقذوف حرا الخ قدمنا ذلك والكلام هنا في اثبات ذلك ويثبت الاحصان باقرار القاذف او شهادة رجلين او رجل وامرأتين خلافا لزفر وتقدمت فان انكر القاذف الاحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف ما لم يعلم انها محصنة وكذا اذا انكر الحرية ليحد حد الارقاء والقول قوله ولا يحد كالاحرار الا ان يقيم المقذوف عليه بينة انه حر ولو كان القاضي يعلم حريته حده ثمانين وهذا قضاء لعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز اما اشتراط الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر فالرقيق ليس محصنا بهذا المعنى وكونه محصنا بمعنى آخر كالاسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة في احصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التي اطلق عليها لفظ الاحصان الا ما اجمع على عدم اعتباره في تحقق الاحصان وهو كونها زوجة او كون المقذوف زوجا فانه جاء بمعناه وهو قوله تعالى والمحصنات من النساء اي المتزوجات ولا يعتبر في احصان القذف بل في احصان الرجم ولا شك ان الاحصان اطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا وبمعنى الاسلام في قوله تعالى فاذا احصن قال ابن مسعود رض اسلمن وهذا يكفي في اثبات اعتبار الاسلام في الاحصان والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا قال تعالى والذين يرمون المحصنات والمراد بهن العفائف واما العقل والبلوغ ففيه اجماع الا عن احمد ان الصبي الذي يجامع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثلها يحد قاذفها خصوصا اذا كانت مراهقة فان الحد لدفع الحاق العار ومثلها يلحقه والعامة يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما الى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبي او مجنون يا زاني اما لعدم صحة قصده واما لعدم خطابهما بالحرمات ولو فرض لحوق عار المراهق فليس الحاقا على الكمال فيندرئ وهذا اولى من تعليل المصنف

ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه فى الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزانى لا عن غيره ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لابيه الذى يدعى له يحد ولو قال فى غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة سبا له وفى غيره يراد به المعاتبة بنفى مشابهته اباه فى اسباب المروة

بعدم تحقق فعل الزنا منها لانه ما ول بان المراد بالزنا المؤثم والا فهو يتحقق منها او يتحقق فيها الوطى فى غير الملك لكن القذف انما يوجب الحد اذا كان بزنى مؤثم صاحبه وبه يندفع الايراد القائل اذ لم يتحقق الزنا منها فينبغى ان يحد قاذف مجنون زنى حالة جنونه لكنه لا يحد وان كان قذفه حين افاقته فاما اشتراط العفة فلان غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولو لحقه عار آخر فهو صادق وحد القذف للفرية لا للصدق وفى شرح الطحاوى فى العفة قال لم يكن وطى امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد فى عمره فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطى فى غير الملك او وطى جارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطيها فى الملك الا انه يحرم فانه ينظر ان كانت الحرمة موقتة لا يسقط عدالته كما اذا وطى امرأة فى الحيض او امته المجوسية ولا يسقط احصانه وان كانت موبدة يسقط احصانه كما اذا وطى امته وهى اخته من الرضاع ولو مس امرأة بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها او امها لا يسقط احصانه عند ابى حنيفة وعندهما يسقط ولو وطى امرأة بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها يسقط احصانه انتهى بلفظه وانما لم يسقط احصانه عند ابى حنيفة فى بنت الممسوسة بشهوة لان كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها **قوله** ومن نفى نسب غيره فقال له لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة وكذا اقتصر عليه الحاكم فى الكافى وعلله فى الهداية بانه فى الحقيقة قذف لامه وكانه قال امك زانية لانه اذا كان لغير ابيه ولا نكاح لذلك الغير كان من زناها قيل فعلى هذا كان الاولى ان يقال اذا كانت محصنة حتى يشتمل جميع شرائط الاحصان واورد عليه انه لا يجوز ان لا يكون ثابت النسب من ابيه ولا تكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة او نكاح فاسد الجواب المراد انك لست لابيك الذى من مائه بل مقطوع النسب منه وهذا ملزوم بان الام زنت مع صاحب الماء الذى ولد هو منه وهذا معنى قول المص لان النسب انما ينفى عن الزانى لا عن غيره وحاصله ان النفى نسبه عن ابيه يستلزم كون ابيه زانيا لان النسب انما ينفى عن الزانى فلزم ان امه زنت مع ابيه فجاءت به من الزنا ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كون ابيه زنى بامه مكرهة او نائمة فلا يثبت نسبه من ابيه ولا يكون قاذفا لامه فالوجه اثباته بالاجماع وهذا ابناء على الحكم بعدم ارادة الاب الذى يدعى اليه وينسب بخصوصه ولا اشكال فى هذا والا كانت بمعنى المسئلة التى تليها وهى التى يرد عليها السؤال المذكور وجوابه ما سيجئ وحمل بعضهم وجوب الحد فى هذه على ما اذا كان قوله ذلك فى حال الغضب والسباب بدليل المسئلة تليها فاذن يختلف المراد بلفظة الاب على هذا التقدير فانه اذا كان فى غير حالة الغضب فانما يراد بالاب الاب المشهور فيكون النفى مجازا عن نفى المشابهة فى محاسن الاخلاق **قوله** ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لابيه الذى يدعى اليه يحد ولو قال فى غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة اى حقيقة نفيه عن ابيه لانه حالة سب وشتم وفى غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه به فى محاسن اخلاقه ولا يخفى ان فى حالة الغضب ليس نسبة امه الى الزنا امرا لازما لجواز نفيه عنه والقصد الى اثباته من غيره بشبهة او نكاح فاسد كالتى قبلها فثبوت الحد به بمعونة قرائن الاحوال وبهذا لا يثبت القذف بصريح الزنا وكذا ذكر فى المبسوط ان فى الاولى الحد استحسانا باثر ابن مسعود وهو ما ذكره الحاكم فى الكافى من قول محمد بلغنا عن عبد الله بن مسعود انه قال لا حد الا فى قذف محصنة او نفى رجل

ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر

عن ابيه ثم حملوا الاثر على النفي حالة الغضب وحكموا بانه حالة عدمه لم ينفه عن ابيه بدلالة الحال فليس هذا من التخصيص في شيء اذ ليس قذفا ولذا لا يكون تخصيصا لو كان قذفا اخرج من حكم القذف ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لا يحد مطلقا لان حده في قوله لست ابن فلان وفي حالة الغضب مقتصر عليه باعتبار انه قذف امه واذا نفى نسبه عن امه فقد نفى ولادتها اياه فقد نفى زناها به فكيف يحد هذا واما اذا قال يا ولد الزنا او ابن الزنا فلا يتاتى فيه تفصيل بل يحد البتة بخلاف ما لو قال يا ابن القحبة فانه يعزر ولو قال لامرأته يا حليلة فلان لا يحد ولا يعزر **قوله** ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان جده لا يحد لانه صادق في كلامه ولذا لو قال انت ابن فلان يعني جده هو صادق لانه قد ينسب الى الجد مجازا متعارفا وفي بعض اصحابنا ابن امير حاج وامير حاج جده وكذا لو قال انت ابن فلان لعمه او خاله او زوج امه لا يحد لان كلا منهما اطلق عليه اسم الاب كما سيأتي واعلم ان قوله لست ابن فلان لابيه المعروف له معنى مجازي هو نفي المشابهة ومعنى حقيقي وهو نفي كونه من مائه مع زنا الام به او مع عدم زناها بل لشبهة فهي ثلاثة معان يمكن ارادة كل منها على الخصوص وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه فمعه يراد نفي كونه مع مائه مع زنا الام به ومع عدمه يراد المجازي وقوله لست بابن فلان بجده له معنى مجازي هو نفي مشابهته بجده ومعنيان حقيقيان احدهما نفي كونه مخلوقا من مائه والآخر نفي كونه ابا على له وهذا الصدق بصورتين لنفي كون ابيه خلق من مائه بل زنت جدته به او جاءت به لشبهة وكل هذه المعاني يصح ارادة كل منها وقد حكم بتعيين الغضب احدها بعينه في الاول وهو كونه ليس من مائه مع زنا الام به اذ لا معنى لان يخبره في السباب بان امه جاءت به لغير زنا بل لشبهة فيجب ان يحكم ايضا بتعيين الغضب في المعنى الثاني الذي هو نفي نسب ابيه عنه وقذف جدته به فانه لا معنى لاخباره في حالة الغضب بانك لم تخلق من ماء جدك وهو مع سماجة البعد في الارادة من ان يراد نفي ابوته لابيه لان هذا كقولنا السماء فوق الارض ولا مخلص الا ان يكون فيها اجماع على نفي الحد بلا تفصيل كما ان في تلك اجماعا على ثبوته بالتفصيل ولو قال له انت ابن فلان لغير ابيه لا يحد مع انه ليس بقذف لانه صريح لجواز كونه ابنه شرعا بلا زنا على ما قلنا فانما هو استحسان بمعنى حديث ابن مسعود رضي وهذه الصور ستأتي في الكتاب لكنها هنا انسب **قوله** ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة كان للولد المطالبة بحده فاذا طالب به حد القاذف ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد وان علا والولد وان سفل لان العار يلتحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولا معنى فلذلك يثبت لهما حق المطالبة لكن لحوقه لهما بواسطة لحوقه للمقذوف بالذات فهو الاصل في الخصومة لان العار يلحقه مقصودا فلا يطالب غيره بموجبه الا عند الياس عن مطالبته وذلك بان يكون ميتا قال لو كان المقذوف غائبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن ابي ليلى ولانه يجوز ان يصدقه الغائب وما ذكرنا من ان حق المطالبة يثبت للاب وان علا ذكره الفقيه ابو الليث وفي فتاوى قاضي خان رجل قذف ميتا فلولده وولد ولده ووالده ان ياخذ القاذف ويحده وولد الابن وولد البنت سواء في ظاهر الرواية ولا ياخذه بذلك اخ ولا عم ولا جد الاب ولا ام الام ولا عمة ولا مولاه وعند الشافعي ومالك واحمد ايضا تثبت المطالبة لكل وارث بناء على انه يورث عنده ففي فتاوى القاضي قال محمد لكل من يرثه ويورث منه ان ياخذ القاذف ويحده انتهى وهذه رواية غريبة عن محمد ثم للشافعية

(ومع عدمه مراد المجازي وقوله لست بابن فلان بجده له معنى مجازي)

واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا

فيمن يرثه ثلاثة اوجه احدها انه يرثه جميع الورثة والثاني غير الوارث بالزوجية والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم وعندنا ليس بطريق الارث لما ذكرنا من لحوق العار ولذا لا يثبت للاخ عندنا حق المطالبة به لان قرابة الولاد بمنزلة نفس الانسان فالملاحق من العار للانسان كالملاحق لنفس ولده ووالده بخلاف الاخ لا يلحقه ضرر عار زنا اخيه كما لا يلحقه النفع بانتفاع اخيه ولعلم الشرع بذلك جاز شهادة الاخ لاخيه فليس لاخ المقذوف ولا العم والخال المطالبة بحد القاذف ولم تجز شهادة الولد والوالد لانهما في حكم نفس المشهود له ولهذا اعني لكون حق المطالبة للحوق العار غير دائر مع الارث يثبت للمحروم عن الميراث بالقتل او الرق والكفر فلقاتل ابيه ان يطالب قاذفه بعد قتله بحد القذف وكذا اذا كان الولد عبدا او كافرا خلافا لزفر ويثبت لولد البنت المقذوفة كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت للابعد مع وجود الاقرب وكذا يثبت لولد الولد حق المطالبة مع وجود الولد خلافا لزفر ولو عفا بعضهم كان لغيره ان يطالب به لانه للدفع عن نفسه وقوله خلافا لمحمد يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه ووجهها ان نسبه الى ابيه وهو اجنبي عن جدته لامه بدليل انه لم يدخل في لفظة ولد الولد ولذا لو وقف على اولاده واولاد اولاده لا يدخل ابن البنت في ظاهر الرواية ووجه الظاهر عنهم اذ لا نمنع عدم الدخول بل يدخل كقول الخصاف وقد اختاره جماعة في الوقف وثانيا وعلى تقدير التسليم فالمعنى مختلف لان مبنى ثبوت حق الخصومة في حد القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لرجوع عار المنسوب الى الانسان الى الآخر وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادر ولد البنت من قولنا اولاد فلان لانه وقف على من يسمى به فاذا لم يتبادر لم يستحق الوقف وصار كالوصية لاولاد اولاد فلان لا يدخل اولاد بناته بهذا وجه قول زفر ان ما يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد كولد المقذوف معه واعتبره بالخصومة في الكفاءة فانه لا خصومة للابعد مع وجود الاقرب والجواب منع ان ما يلحق الاقرب فوق ما يلحق الابعد بل كل من ينسب الى المقذوف بالجزئية يلحقه من العار مثل ما يلحق الآخر لاتحاد الجهة والتبعية بخلاف المقذوف مع ولده لانه يلحقه العار مقصودا والالحاق به دون ولده وولد ولده واما حق خصومة الكفاءة فانما يثبت للاقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات فعلم ترتيبهم في ذلك لان الاسم يشعر به حيث علم ان حكمة ذلك فان قلت قد ظهر الاتفاق على الولاية في المطالبة ولذا الولد بقذف جده وجدته انما خالف زفر في ذلك عند وجود الاقرب فما وجه ما في فتاوى قاضيخان اذا قال جدك زان لا حد عليه قلنا ذلك للابهام لان في اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله انت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فان كان او كانت محصنة حد **قوله** واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والابن العبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر ولكل من قال طريقه الارث يعني اذا كان المقذوف ميتا بان وقع بعد موت المقذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حياة المقذوف هو يقول القذف تناول الابن معنى لا صورة لرجوع العار اليه وليس الحد الآن والمطالبة به لاجل امه اذ ليس طريقه الارث عندنا واذا تناوله معنى فغايته امره ان يجعل كانه تناوله صورة ومعنى بان يكون هو المقصود بالقذف ولو كان كذلك لم تكن المطالبة لعدم احصانه فكذا اذا كان مقذوفا معنى فقط ولنا انه اي القاذف عيره بقذف محصن هي امه والوه فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في المقذوف قصدا وهو الذي ينسب

وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب
بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف
غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي رح لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده
وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد
ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزاجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت
الجهتان فالشافعي رح مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد
من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة وهذا هو الاصل
المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف
عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف رح في العفو مثل قول الشافعي رح

الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال لانه لا يقع تعييرا كاملا الا اذا كان محصنا ثم ترجع هذا التعيير الكامل الى ولده فيثبت له حق المطالبة على طريق الاصالة للشين الذي لحقه لا للخلافة ثم يترتب على المطالبة اقامة الحد حقا لله تعالى والكفر لا ينافي اهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما اذا قذفه نفسه لعدم احصانه فلم يقع التعيير اذا لم يكن محصنا على الكمال والحاصل ان السبب التعيير الكامل وهو باحصان المقذوف فان كان حيا كانت المطالبة له او ميتا طالب به اصله او فرعه وان لم يكن محصنا لم يتحقق التعيير الكامل في حقه **قوله** وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة اي التي قذفها في حال موتها ولا للابن ان يطالب اباه وان علا بقذف امه الحرة المسلمة التي قذفها في حال موتها بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية وامه ميتة حرة او قال لابنه او لابن ابنه وان سفل بعد وفاة امه يا ابن الزانية وهو قول الشافعي واحمد ورواية عن مالك والمشهور عنه ان للابن ان يطالب اباه بقذف امه وهو قول ابن ثور وابن المنذر لاطلاق آية فاجلدوهم ولانه حد هو حق الله فلا يمنع من اقامته قرابة الولاد وقال مالك اذا حد الاب سقطت عدالة الابن لمباشرته سبب عقوبة ابيه مع قوله تعالى فلا تقل لهما اف والجواب ان الاطلاق او العموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى ولا تقل لهما اف والمانع مقدم ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع بسرقته فانتقضت عليه الحد بالاجماع على عدم القطع وصار الاصل ان عموم الآية مخص بقوله تعالى ولا تقل لهما اف وقوله عم لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع السيد بعبده اما الاجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للاب في المسروق فلا على ما ذكره نعم دلالة الاجماع على كونه لا يقاد به لازمة فان اهدار جنايته على نفس الولد توجب اهدارها في عرضه بطريق اولى مع ان القصاص متيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد بخلاف حد القذف فيهما ولضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المص على قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده وقول المص لان المولى لا يعاقب بسبب عبده استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسيده بقذف امه قيل لان حق عبده حقه فلا يجوز ان يعاقب بسبب حق نفسه **قوله** ولو كان لها اي لزوجته الميتة التي قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة باجماع الائمة الاربعة لان لكل منهما حق الخصومة فظهر في حق احدهما مانع دون الآخر فيعمل المقتضي عمله في الآخر وكذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفى احدهم كان للآخر المطالبة به بخلاف عفو احد مستحقي القصاص يمتنع استيفاء الآخر لان القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين فباسقاط احدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لان القتل الواحد لا يتصور تجزيه اما هنا فالحق في الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل باسقاط احدهما **فرع** يجوز التوكيل باثبات الحدود عند الغائب في قول ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف وكذا في القصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل وشرط الحد لا يثبت بمثله والاجماع انه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لانها عقوبة تندرئ بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل لان مع احتمال انه عفا او ان المقذوف قد صدق القاذف او اكذب شهوده ولا يخفى قصور التعليل الاول لكان حقيقة العفو بعد ثبوت السبب لا يسقط الحد فمع احتماله اولى **قوله** ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده فيقوم الوارث الباقي فيقام له وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص كالقصاص فمن هذا الوجه اي

ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام كالاول الخ

من هذا الدليل هو حق العبد لم يعلم انه شرع زاجرا وعنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر كلها اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع اذ لم يختص بهذا الشان دون غيره ويكل من حق الله وحق العبد في حد القذف فشهد الاحكام فباعتباره حقا للعبد شرطت الدعوى في اقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم ويجب على المستامن ولا يقيمه القاضي بعلمه اذا علمه في ايام قضائه وكذا لو قذفه بحضرة القاضي حده وان علمه القاضي قبل ان يستقضي ثم ولي القضاء ليس له ان يقيمه حتى يشهد به عنده وتقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به وباعتباره حق الله تعالى استوفاه الامام دون مولى المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف لا يختلف باختلاف المتلف واذا تعارضت الجهتان ولم يكن اهدار مقتضى احدهما لزم اعتبارهما فيه فيثبت ان فيه الحقين الا ان الشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنا المشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولى استيفاؤه مولاه فيصير حق العبد مرعيا بتغليب حق الشرع لا مهدرا ولا كذلك عكسه اي لو غلب حق العبد لزم ان لا يستوفي حق الشرع الا بالتحكيم يجعل ولاية استيفائه اليه وذلك لا يجوز الا بدليل ينصبه الشرع على ان انابة العبد في الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استنابة الامام حتى كان هو الذي يستوفيه كسائر الحدود والتي هي حقه تع على ما قدمنا من الاحكام فاذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف في هذا الاصل تفرعت فروع اخرى مختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين منها الارث فعنده يورث وعندنا لا يورث اذا الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تع اي انما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالا او ما يتصل المال كالكفالة او فيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس شيئا منها فيبطل بالموت اذ لم يثبت دليل شرعي على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة او وصية في المطالبة التي جعلها شرط الظهور حقه ومنها العفو فانه بعدما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفى المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا ويصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوتهما الا ان يقول المقذوف لم يقذفني او كذب شهودي وح يظهر ان القذف لم يقع موجبا للحد لا انه وقع ثم سقط بقوله ذلك وهذا كما صدقه المقذوف فانه يبطل بمعنى ظهور ان القذف لم ينعقد موجبا للحد بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لان المغلب فيه حق العبد ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا وبه قال مالك وعنده يجوز وهو قول احمد ويجري فيه التداخل عندنا وبه قال مالك حتى لو قذف شخصا مرات وقذف جماعة كان فيه حد واحد اذا لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى بعضهم فحد ففي اثناء الحد ادعى آخرون كمل ذلك الحد وعند الشافعي لا يجري فيه التداخل وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وهو انه يصح عفو المقذوف **قوله** ومن اصحابنا من قال ان الغالب في حد القذف حق العبد الخ ما تقدم من بيان الاصل المختلف فيه وتفريع الاحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الاظهر من جهة الدليل والاشهر لانه قول عامة المشائخ وذهب صدر الاسلام ابو اليسر الى ان المغلب فيه حق العبد كقول الشافعي وخرج الاحكام المختلف فيها على غير ذلك اما توجيه ان حق العبد غالب فلان اكثر الاحكام تبتني عليه والمعقول يشهد به وهو ان العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص واما تخريج الاحكام فانما فوض الى الامام لان كل احد لا يهتدي الى الضرب الواجب اولانه ربما يزيد المقذوف في قوته لمحنقه فيقع متلفا وانما لا يورث لانه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو

ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لأن للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لأنه لا مكذب له فيه. ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق أو عدم الفصاحة وكذا إذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه

كخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف القصاص على ما قدمناه وإنما لا يصح عفوه لأنه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الإقامة ولأنه متعنت في العفو لأنه رضي بالعار والرضا بالعار عار وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة ثم لا يخفى ما في تخريجه عدم صحة العفو إذ لا يخفى أن كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع بل فيه صيانة أعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة أعراض بعضهم عن بعض على العموم وأن العفو لا يستلزم الرضى بالعار بل قد لا يرضى إلا أن يتكابر به ولا يعاقب عليه فاعله وكونه مولى عليه إنما هو في نفس الفعل للتهمة بسبب حقه فلا ينفي أن يعفو فلا يفعل ذلك أصلا وما ذكرنا في ترجيح تغليب حق الله تعالى أوجه مما في الخيارية إن شاء الله تعالى وقول محمد إن وقع في موضع أنه حق الناس فقد وقع في أخرى أنه حق الله تعالى **قوله** ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لأن للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لأنه لا مكذب له فيه فيقبل رجوعه وأما التعليل لأنه بالإقرار الحق الشين بالغير وبالرجوع يريد أن يبطل حق الغير فالمعنى أنه أثبت حق الغير ثم يريد أن يبطله فلا يقبل فيه ويشكل عليه الرجوع في الإقرار بحق الله تعالى وكونه ألحق الشين لا أثر له بل الحاصل أنه لما ألحق الشين ثبت لذلك حق الآدمي فلا يقبل إبطاله فإلحاق الشين تأثيره في آثار حق الآدمي ليس غير امتناع الرجوع ليس إلا التهمة بإبطال حق الغير **قوله** ومن قال للعربي يا نبطي أو قال لست بعربي لا يحد وكذا إذا قال لست من بني فلان وقال مالك رحمه الله يحد إذا نوى الشتم وعنده إذا قال يا رومي لعربي أو فارسي أو يا فارسي لرومي أو عربي أو يا ابن الخياط وليس في آبائه خياط يحد قلنا العرف في مثله أن يراد نفي المشابهة في الأخلاق أو عدم الفصاحة وأما قذف أمه أو جده من جداته لأبيه فلا يخطر بالبال ولذا أطلقوا نفي الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب أو الرضا وهذا لأن النسبة إلى الأخلاق الدنية مما يشتم به فإذا لم يتعارف مثله في القذف أصلا لم يحتمل في الغضب شيئا بهذا القدر ولأن النبطي قد يراد به النسبة إلى المكان على ما قال في ديوان الأدب النبط قوم ينزلون بسواد العراق فهو كما قال يا رستاقي يا ريفي في عرفنا أي يا قروي لا يحد به وقال الفقيه أبو الليث النبطي رجل من غير العرب **قوله** ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف وكذا إذا قال يا ابن مزيقيا ويا ابن جلا لأن الناس يذكرون هذه لقصد المدح فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الأزدي لأنه أغناهم عن ماء السماء وجمع المصنف بينهما حيث قال لأن ماء السماء وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجودا ومزيقيا لقب ابنه عمرو لأنه كان يمزق كل يوم حلتين فيكره أن يعود يلبسهما ويكره أن يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا فالأنسب أن يكون قول القائل يا ابن مزيقيا للذم بالإسراف والإعجاب لكن عرف العامة في مثله أنه جود وقد لقب بماء السماء أيضا للحسن والصفاء به لقبت أم ابن المنذر بن امرئ القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير شعر ولازمت الملوك من آل نصر وبعدهم بني ماء السماء وجمع المصنف بينهما حيث قال لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وأما جلا فقد استعمل مرادا به الإنسان في قول سحيم شعر أنا ابن جلا وطلاع الثنايا متى أضع العمامة تعرفوني وكلام سيبويه يفيد أنه ليس علما له بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كأنه قال أنا ابن الذي جلا أي أوضح وكشف وأما قول القلاخ أنا القلاخ بن جناب بن جلا فيحتمل كونه علما لغيا وكونه وصفا أيضا ثم إنه إنما يراد به التشبيه في كشف الشدائد وإماطة المكاره فلا يكون قذفا وهذا وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء وهو معروف يحد في حال السباب بخلاف ما إذا لم يكن فإن قيل إذا كان قد سمي به والكلام للسخاء والصفاء فينبغي في حالة الغضب أن يحمل على النفي لكن جواب المسئلة مطلقا فالجواب أنه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن أن يجعل المراد

وان نسبه الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحاق واسماعيل كان عما له والثانى لقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت فى الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب ع وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل ع وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل فى الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زانى او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه ومن قال لآخر يا زانى فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هى كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكورا فى الثانى

فى حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا فى قول لست عربى لما لم يستعمل فى النفى يحمل فى حالة الغضب على سبه بنفى الشجاعة والسخاء عنه ليس غير **قوله** وان نسبه لعمه او خاله او زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا فالاول وهو تسمية العم ابا فلقوله تعالى واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحاق واسمعيل كان عما اى ليعقوب عليهم الصلوة والسلام والثانى لقوله عليه السلام الخال اب قالوا هذا غريب غير انه فى كتاب الفردوس لابى شجاع الديلمى عن عبد الله بن عمر مرفوعا الخال والد من لا والد له والثالث للتربية وقيل فى قوله تعالى ان ابنى من اهلى انه كان ابن امرأته **قوله** ومن قال لغيره زنأت فى الجبل وقال عنيت صعدت الجبل والحالة حالة الغضب وسيظهر ان هذا القيد مراد لا يصدق ويحد عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل والزنا وان كان يهمز فيقال زنأ على ما سلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مرادا وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها اشبه ابا امك او اشبه عمل تريد على او لا تكونن كهلوف وكل يصبح فى مضجعه قد انجدل وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل واما قول شارح اصلاح المنطق فقال الناهى لرجل راى ابنا له ترقصه امه فاخذه من يدها وقال اشبه ابا امك الابيات وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقرى اى كن مثل ابى امك او مثل عمل فحذف المضاف الثيه المراد كن مثل ابى امك او مثلى وكان ابو امه شريفا سيدا وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبى وامه ملقوسة بنت زيد الفوارس قال فاخذته امه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول اشبه اخى او اشبهن ابا كا اما الى فلن تنال ذاكا تقصر عن مثله يداكا الهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل والوكل الذى يتكل على غيره فيما يحتاج اليه وذكر فى النهاية قوله او اشبه حمل الجيم وقال اسم رجل هو الوحى من العرب وهو حمل ابن سعد والوكل العيال على غيره ولهما انه يستعمل فى الفاحشة مهموزا ايضا على ما اسلفنا لان من العرب من يهمز الملتقيين اى الملين فى غير التقاء الساكنين لقول العجاج وخندق هامة هذا العالم ومنه قوله صبرا فقد هيجت الشوق المشتاق ولانه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز واما نحو قطع الله اديه اى يديه فالتمثيل به بناء على ان المراد بحرف اللين اى الملين حرف العلة لكن الاصطلاح على انه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمز دافى الالتقاء على حده فان كان على خلاف العادة ليقال دابة وشابة وقرى ولا الضالين شاذا وان كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا وهذا ما ذكرنا من انه سيظهر ارادة قيد الغضب فى جواب المسئلة فكان كما لو قال يا زانى او زنأت فانه يحد اتفاقا وقوله وذكر الجبل لتعين الصعود مرادا قلنا انما يتعين ذلك اذا كان مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل ولا يخفى انه ممنوع بل يقال زنأت فى الجبل بمعنى صعد ذكره فى الجمهرة وغيرها والبيت المذكور معلوم ان المراد فيه ليس الا الصعود وهو بلفظ فى بل الجواب مع ان ذكر الجبل يعين الصعود فان الفاحشة قد تقع فى الجبل اى فى بعض بطونه وعلى الجبل اى فوقه كما قد تقع على السطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة فبقى الاحتمال بحاله وترجح ارادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة ولو قال زنأت على الجبل والباقى بحاله اى فى حال الغضب قيل لا يحد لما قلنا آنفا ان ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود وقيل يحب للمعنى الذى ذكرناه وهى حالة الغضب والسباب وهو الاوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب اى فى حالة الرضا لا يحب الحد اذ لا يحب بالشك بل لا داعى فالظاهر عدم ارادة السبب

قوله ومن قال لآخر يا زانى فقال له الآخر لا بل انت فانهما يحدان اذا طالب كل منهما الآخر لانهما قاذفان واذا طالب كل الآخر واثبت ما طالب به عند الحاكم لزمه حينئذ حق الله تعالى فهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث فقال انت فتكافأ ولا يعزر كل منهما للآخر لان التعزير حق الآدمى وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا اما كون الاول قاذفا فظاهر واما الثانى فلان معناه لا بل انت زان وكذا لو كان

ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان ومعناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد

الحبيب فيه احد هو خاصة لانه قاذف بقوله بل انت والحروان كان قاذفا لكن لا يحد بقذف العبد قال المص اذ هي تعني كلمة بل عطف يستدرك بها الغلط يعني التراكيب الاستعمالية فيصير الخبر المذكور في الاول هو في التركيب الاول اذا كان خبرا مذكورا في الثاني فاذا قال زيد قائم وقام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمرا في التركيب الاول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر او المتقدم خبرا عنه ولم يرد بالاول لفظ يا زاني بل هو اعطاء النظير معنى اي هي ما ذكرنا واذا كانت كذلك فيصير معنى المتكلم الاول بما وقع به واخبر عنه به يعني لا بل يا زاني في معنى او يعوك وانت زان **قوله** ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة فاما الآخر اذا ترافعا ولا لعان لانهما قاذفان في قذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها اياه يوجب الحد عليها والاصل ان الحدين اذا اجتمعا في تقديم احدهما اسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء واللعان قائم مقام الحد فهو في معناه وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لانها تصير محدودة في قذف واللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها لانه شهادة ولا شهادة للمحدود في القذف وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لان حد القذف يجري على الملاعنة ولهذا لو قال لها يا زانية بنت الزانية فخاصمته الام يحد يسقط اللعان لانها شهادة ولو خاصمته المرأة اولا لاعن القاضي بينهما فاذا خاصمت الام بعده حد القذف فقدمنا الحد درءا للعان الذي هو في معناه ولو كانت قالت في جواب قوله يا زانية زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فتكون قد صدقته في نسبتها الى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته الى الزنا فلم يصدقها عليه وهذا معنى قوله وانعدامه منه اي التصديق منه فيجب الحد دون اللعان ويحتمل انها ارادت زناي ما كان من تمكيني اياك بعد النكاح وهذا كلام يجري بين الزوجين في العادة مجرى مجازا للمشاكلة مثل وجزاء سيئة سيئة مثلها فان فعلنا معه بعد الزوجية ليس زنا كما ان الجزاء ليس سيئة ولكن اطلق عليه اسمه للمشاكلة حين ذكر معه وعلى هذا لا حد عليها لانها لم تقذفه ويجب اللعان لانه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم بتعيين احد التقديرين بعينه متعذر فوقع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك هذا معنى قوله فجاء ما قلنا اي من انه لا حد ولا لعان ولولا ان مثل قولها معلوم الوقوع من المرأة على كل من القصدين عند ابتدائه اياها بالاغاظة لوجب حدها البتة عينا لقذفها اياه اذ النسبة الى الزنا منصرف الى الحقيقة ومذهب الشافعي في مسئلة الكتاب ان قالت الزوجة انها لم ترد الاقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفي بيمينها صدقت في وجه وعلى الزوج الحد ودفعا لان هذا مما ليس اقرارا صحيحا بالزنا ولقولنا قال احمد ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان هذا الظاهر **قوله** ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن فان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا لزوجته فيلاعن وان نفاه اولا ثم اقر به قبل اللعان يحد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفيه للولد لان اللعان حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب بين الزوجين في زنا الزوجة والاصل فيه اي في اللعان ما هو الا حد القذف لانه قذفها فاذا بطل المخلف ببطلان التكاذب صير الى الاصل فيحد الرجل وقوله وفيه خلاف ذكرناه في اللعان الذي ذكره في اللعان انه اذا اكذب نفسه بعد اللعان بنفي الولد وتفريق القاضي حده القاضي وحل له ان يتزوجها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد وقوله والولد ولده في الوجهين اي ما اذا اقر بالولد ثم نفاه وما اذا نفاه اولا ثم اقر به لاقراره به سابقا في الاول فيثبت ولا ينتفي بما بعده ولا خفاء في الثانية فيثبت به بعد النفي وقوله واللعان يصح بدون قطع النسب الخ جواب سؤال مقدر ان يقال ان سبب اللعان ليس الا نفي الولد فاذا لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان بنفي الولد قطع النسب الا ترى انه لو نفاه بعد ان تطاولت المدة بعد الولادة فانه يلاعن ولا ينقطع النسب كما يصح بلا ولد اصلا بان قذفها بالزنا ولا ولد فانه يلاعن ولا ولد هناك ينقطع نسبه واما انه لو نفى نسب ولد امرأته الملاعنة فانه ينتفي النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصح لكن

وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط الاحصان ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا **قال** ومن وطئ وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطيا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطي المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطي في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطي في الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رح يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد

لا دخل له في الجواب **قوله** وان قال اي الزوج الذي جاءت زوجته بولد ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه اذا نكر ابنها انكر الولادة فكان نفي كونه ابنه لنفي ولادتها اياه ونفي ولادتها لا يصير قاذفا لانه انكار الزنا منها **قوله** ومن قذف امرأة ومعها اولاد لم يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي وقت القذف او ميت فلا حد عليه اما لو قذف ولد الملاعنة نفسه او ولد الزنا فانه يحد ولو انه بعد اللعان ادعى الولد فحد او لم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره او هو قبل موته حد ولا يحد الذي قذفها قبل تكذيب نفسه وكذا لو قامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد من قذفها بعد ذلك لا يحد لانها خرجت عن صورة الزواني ولو قذفها الزوج فرافعته واقامت بينة انه اكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم او معاينته وجه عدم الحد في ذات الاولاد قيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها اي الى الامارة وهي اي العفة شرط واعلم انه ان صح ما رواه الامام احمد وابو داؤد في حديث هلال بن امية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها لاب ولا ترمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه احمد ايضا من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد المتلاعنين انه يرث امه وترثه امه ومن رماها به جلد ثمانين ومن دعاه ولد زنا جلد ثمانين اشكل على المذهب والائمة الثلثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفها اجيب بانه قائم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فهي محصنة في حق غيره الا ترى ان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا الى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا يعلم خلاف في ذلك الا ان الشافعية في وجه انه اذا قذفها اجنبي بذلك الزنا الذي لاعنت به لا يحد واعترض بان مقتضاه ان لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان لكن المنصوص في الاصل انه يحد بل الحق انها لم يسقط احصانها بوجه وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها انما يقتضي ان لا يحد قاذفها لو كان معناه انه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله وليس كذلك لانه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن اثباته لا يسقط احصانها وانما هو لتنتفي الصادق منهما حيث يتضاعف به على الكاذب عقابه بان يضاف الى عذاب الزنا وعذاب الشهادة المؤكدة بالايمان الغموس او يضاف ذلك الى عذاب الافتراء والقذف بخلاف ما اذا كان بنفي الولد لان امارة الزنا قائمة فاوجبت ذلك وقد اول قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قائما مقام حد القذف في حقه ظاهر غير محتاج الى تاويل واما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع ورود السوال انما هو بناء على انه كلام تحقيقي على ظاهره وليس كذلك فلا ورود له **قوله** ومن وطئ وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة هي شرط الاحصان ثم انما هو تشعر بانه لما لم يكن بحيث يحصل عند الاحصان بل هو مجموع امور العفة احدها فهو جزء مفهوم الاحصان بالحقيقة ولان القاذف صادق لان الوطي في غير الملك زنا كذا قيل وهو قاصر على ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه او ابهم اما اذا قذفه بغيره فانه لا يعلم صدقه فيه فيحد والحكم ليس كذلك بل المنصوص ان من قذف زانيا لا حد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه او بزنا آخر او ابهم نص عليه في اصل المبسوط خلافا لابراهيم وابن ابي ليلى ووجه قولنا ان النص انما اوجب الحد على من رمى المحصنات ومعنى المحصنين بالزنا لا يبقى الاحصان فرميه رمي غير المحصن ولا دليل يوجب الحد فيه نعم هو محرم واذن بعد التوبة فيعزر والاصل فيما يعرف به الوطي المسقط للاحصان والوطي الذي لا يسقط ان من وطئ وطيا حراما لعينه لا يجب بقذفه على قاذفه لان الزنا هو الوطي المحرم لعينه فاذا وقع فيه كان زانيا فيصدق قاذفه فلا يكون منزلته وهو الموجب للحد وان كان وطيا محرما لغيره يحد قاذفه لانه وان كان محرما ليس بزنا اذا عرف هذا فالمحرم لعينه هو الوطي في غير الملك من كل وجه

بيانه ان من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امرأته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رح ان وطي المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر رح لان الملك زائل في حق الوطي ولهذا يلزمه العقر بالوطي ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي مؤقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح

كوطي المحرمة الاجنبية والمكرهة اعني ان الموطوءة اذا كانت مكرهة يسقط احصانها فلا يحد قاذفها وان الاكراه يسقط الاثم فلا يخرج الفعل به من ان يكون زنا فلذا يسقط احصانها كما يسقط احصان المكره الواطي ذكره في المبسوط وامة غيره او من وجه كالامة المشتركة بين الواطي وغيره وكذا الوطي في الملك والحرمة مؤبدة كوطي امته التي هي اخته من الرضاع ولو كانت الحرمة مؤقتة كالامة المزوجة والامة المجوسية ووطي امته الاختين والزوجة في حالة الحيض والنفاس فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط في عدم ثبوت حد القاذف للواطي في الحرمة المؤبدة كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة ابيه بالنكاح او بملك اليمين فلو تزوجها الابن او اشتراها فوطئها لا يحد قاذفه وكذا اذا تزوج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما في عقدة او جمع بين اختين وطئا بملك يمين او نكاح او بين امرأة وعمتها وخالتها او تزوج امة على حرة او جمعهما في العقد فوطئ الامة فلا حد على قاذفه بخلاف ما لو نظر الى داخل فرج امرأة ومسها مع شهوة بحيث انتشر معه ثم تزوج بنتها او امها او اشتراها فوطئها حد قاذفه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ولا يحد عندهما لتأبيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف كما لو اشترى مزنية ابيه فوطئها يسقط احصانه وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف بين العلماء وابو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بان يثبت بقياس او احتياط كثبوتها بالنظر الى الفرج والمس بشهوة لان ثبوتها لاقامة السبب مقام المسبب احتياطا فهي حرمة ضعيفة لا ينتفي بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص وكذا وطي الاب جارية ابنه مسقط للاحصان ذكره او بالحديث المشهور مثاله حرمة وطي المنكوحة للاب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث لا نكاح الا بشهود ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة وحرمة وطي امته التي هي خالته من الرضاع او اخته لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. **قوله** بيانه شروع في تفريع فروع آخر على الاصل اذا قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه فالقاذف صادق من وجه فيندرئ الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب بخلاف رجوعه فانه وان كان الرجوع يوجب شبهة في الاقرار اي بالحد الاول لا يعمل هنا فانه لم يقارنه بل وقع متأخرا والمفروض ان بالاقرار تقرر حق الآدمي لم تعمل الشبهة اللاحقة لان الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمي لا ترفعه فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا في اسقاط الحد **قوله** وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها او رجلا زنى في نصرانيته فانه لا يحد والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان في نصرانيتها بان قال زنيت وانت كافرة وكذا لو قال المعتق زنيت وهو عبد زنيت وانت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وانت كتابية او امة فلا حد عليه لانه انما اقر انه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزمه حد لان الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حدا بخلاف الرجم على ما مر ولا يسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولا فرق بين من يقام عليه الحد او لا حتى ان الكافر الحربي اذا زنى في دار الحرب ثم اسلم فقذفه فلا يحد لان الزنا تحقق منه وان لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او مزوجة او المشتراة شراء فاسدا او امرأته وهي حائض او مظاهر منها او صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها او مكاتبة فعليه الحد لان الشراء الفاسد يوجب الملك فكانت الحرمة في كل من هذه التقادير مؤقتة مع قيام الملك فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا لان الزنا ما كان بلا ملك قال تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه الملك فلا يسقط احصانه بالوطي فيه ولا يحد قاذفه وعن ابي يوسف ان وطي المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك

ولو قذف مكاتبا ومات وترك وفاء لاحد عليه لتمكن الشبهة فى الحرية لمكان اختلاف الصحابة رض ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم
اسلم يحد عند ابى حنيفة رح وقالا لاحد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسى بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر فى
النكاح واذا دخل الحربى دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع فى ان لايؤذى فيكون
ملتزما ان لايؤذى وموجب اذاه واذا حد المسلم فى قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعى رح تقبل اذا تاب وهى تعرف فى الشهادات
واذا حد الكافر فى قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان
هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له
اصلا فى حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده فان ضرب سوطا فى قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقى جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون
صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابى يوسف رح انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح

زائل فى حق الوطى ولهذا يلزم السيد العقر لها ولو بقى الملك شرعا من وجه لما لزمه وان حرم كوطى امته المجوسية والحائض ونحن نقول ان قلتم
ان ملك الذات انتقاء من وجه كالمشتركة فممنوع وان عنيتم ان ملك الوطى انتفاء سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالامة المجوسية فيثبت ان
الحرمة لغيره اذ هى موقتة ووجوب العقر لا يدل على سقوط الاحصان كالراهن اذا وطى امته المرهونة وهى بكر يلزمه العقر ولا يسقط الاحصان
ذكره فى المبسوط ولو قذف رجلا وطى امته وهى اخته من الرضاع لا يحد لان الحرمة موبدة وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخى فانه يقول لو وطيها
لا يسقط الاحصان وهو قول مالك واحمد والشافعى رح لقيام الملك فكان كوطى امته المجوسية وجه الصحيح ان الحرمة فى المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها
فكانت موقتة اما حرمة الرضاع لا يمكن ارتفاعها فلم يكن المحل قابلا للمحل اصلا فكيف تجعل لغيره **قوله** ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لاحد عليه
لتمكن الشبهة فى شرط الحكم وهو الاحصان لاختلاف الصحابة فى انه مات حرا وعبدا فاورث شبهة فى احصانه وبه يسقط الحد ولا نعلم فيه خلافا من
من يعتبر الحرية من الاحصان **قوله** ولو قذف مجوسيا تزوج بامه يعنى لو تزوج مجوسى بامه او بنته ثم اسلم ففسخ نكاحهما فقذفه مسلم فى حال الاسلام
يحد عند ابى حنيفة بناء على مذهبه ان النكاح لها حكم الصحة عند ابى حنيفة وقالا لا يحد بناء على ان ليس لها حكم الصحة وقولهما قول الائمة الثلاثة وقدم
فى كتاب النكاح فى باب نكاح اهل الشرك **قوله** واذا دخل الحربى دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد
ولانه طمع فى ان لا يؤذى فيكون ملتزما بالضرورة ان لا يؤذى وفى بعض النسخ طمع ان لا يؤذى فكان ملتزما موجب اذاه وهو الحد **قوله**
واذا حد المسلم فى قذف سقطت شهادته وان تاب عندنا لان رد شهادته عندنا من تمام حده خلافا للشافعى فعنده تقبل شهادته اذا تاب كالتائب اذا تاب من الشرب وغيره
من المعاصى وهى خلافية تعرف فى الشهادات ان شاء الله تعالى **قوله** واذا حد الكافر فى قذف لم تقبل شهادته على اهل الذمة وهذا لان له الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا
ورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد لان النص اوجب رد
شهادته القائمة وقت القذف وليست هذه تلك فلم تدخل تحت الرد بخلاف ما لو ارتد المحدود ثم اسلم لا تقبل شهادته لانه صار مردود الشهادة ابدا والردة ما زادته الا شرا
فبالاسلام لا تحدث له شهادة بخلاف الكافر الاصلى ولهذا قبلت مطلقا على اهل الاسلام وغيرهم وبه اندفع ما قيل ينبغى ان لا تقبل بعد الاسلام على اهل الذمة لانها كانت قبله
وقد ردت بالقذف قلنا ان هذه اخرى نافذة على الكل لا على اهل الاسلام فقط او على المسلمين وتبعيته على الكافر وهذا بخلاف العبد اذا حد فى
قذف ثم اعتق فانه لا تقبل له شهادة ابدا لانه لم تكن له شهادة فى تلك الحال للرق وقد وجب الحد عليه ومن رد شهادته مع الجلد فينصرف الى رد
ما يحدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولقائل ان يقول ان مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة او قائمة لانه تع قال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا
لهم شهادة ابدا والحادثة شهادة واقعة فى الآثار فمقتضى النص ردها والجواب ان التكليف بما فى الوسع فحينئذ كان برد شهادته والامتثال انما يتحقق
برد شهادته القائمة ان كانت والا فيما تحدث واذا كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتثال ثم فلو حدثت اخرى فلو رد كان
بلا مقتض اذ الموجب اخذ مقتضاه **قوله** وان ضرب يعنى الكافر سوطا فى حد ثم اسلم ثم ضرب ما بقى جازت شهادته لان رد الشهادة
متمم للحد فيكون صفة اى للحد والمقام بعد الاسلام بعض الحد وبعض الشئ ليس هو ذلك الشئ فلم يكن رد الشهادة صفة له
وعن ابى يوسف انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح لما ذكرنا وعرفت انه لو اقيم عليه الاكثر قبل الاسلام
ثم اسلم واقيم الباقى تقبل شهادته عند ابى يوسف ايضا واورد عليه كما ان المقام بعد الاسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الاسلام

النصف

قال ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني

فينبغي ان لا يكون صفة وايضا جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر الجيب بان النص ورد بالامر بالحد والنهي عن القبول وليس احدهما مرتبا على الآخر فتعلق بفعل كل منهما بما يمكن والممكن رد شهادته القائمة للحال فيتقيد النهي بها وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر واصل هذا ما ذكر في الاصل والمبسوط قال لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عدلا ثم قال والحد لا يتجزى فما دونه يكون تعزيرا لا حدا والتعزير غير مسقط للشهادة **قال** وفي هذه المسئلة عن ابي حنيفة ثلث روايات احدها ما ذكرنا وهو قولهما والثانية اذا اقيم عليه اكثر الحد سقطت اقامة للاكثر مقام الكل وهي التي ذكرها المص عن ابي يوسف والثالثة اذا ضرب سوطا واحدا سقطت قال وهذه الروايات الثلثة في النصراني اذا اقيم عليه بعض الحد ثم اسلم على ما ذكر في الجامع الصغير **قوله** ومن زنى او شرب او قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله سواء قذف واحدا مرارا او جماعة بكلمة كقوله انتم زناة او بكلمات لان يقول يا فلان انت زان وفلان زان حتى اذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر آخر فادعى انه قذفه لا يقام اذا كان يقذف قبل الا يحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم لا يحد ثانيا الا اذا كان يقذف آخر مستانف وحكي ان ابن ابي ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين في المسجد فبلغ ابا حنيفة فقال يا عجب لقاضي بلدنا اخطأ في مسئلة واحدة في خمسة مواضع الاول اخذه بدون طلب المقذوف والثاني انه لو خاصم وجب حد واحد والثالث فيه ان كان الواجب عنده حدين ينبغي ان يتربص بينهما يوما او اكثر حتى يخف اثر الضرب الاول والرابع ضربه في المسجد والخامس ينبغي ان يتعرف ان والديه في الاحياء اولا فان كانا حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع التداخل لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف قذفا آخر لا يضرب الا ذلك السوط الواحد للتداخل لانه اجتمع الحدان لان كمال الحد الاول بالسوط الذي بقي وسنذكر منه ايضا في فروع نختم بها وقوله غير مرة يتعلق بكل واحد من الثلاثة الى من زنا غير مرة او شرب غير مرة او قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك كله مما سبق منه وعند الشافعي ان قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وان قذفهم بكلمات او قذف واحدا مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيف ما كان وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس واحمد في رواية وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آنفا واحتجا بان مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرر بتكرره على ما عرف وفي الجديد للشافعي لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولانه حق آدمي ولنا ما ذكر من قوله اما الاولان وهو كل من الزنا والشرب فلان القصد من اقامة الحد حقا لله تع الانزجار عن فعله في المستقبل واحتمال حصوله بالحد الواحد المقام بعدة الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد قائم فيتمكن شبهة فوت المقصود في الثاني والحدود تدرئ بالشبهات بالاجماع بخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب عما استدل به ان الاجماع لما كان على دفع الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرار عند التكرار فالتكرار الواقع بعد حد الاول بل هذا ضروري فانك علمت ان المخاطب بالاقامة في قوله فاجلدوهم الآية ولا يتعلق بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عندهم

وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل

فكان حاصل النص ايجاب الحد اذا ثبت السبب عنده هو اعم من كونه بوصف الكثرة او القلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا للمائة او ثمانين ليس غير فاذا جلد ذلك وقع الامتثال ثم هو ايضا ترك مقتضى التكرار بالتكرير فيما اذا قذف فلو حد مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فانه لا يحد مرتين في حد الزنا والشرب فالحق ان الاستدلال بالآية لا يخلصه فانه يلجئ الى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود الى هذا حق آدمي بخلاف الزنا فكان المبنى اثبات انه او حق آدمي فما ذكر المصنف اخصر واصوب وقوله واما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان مختصا بما لا حاجة الى الحاقه بل عين الدليل المذكور يجري فيه وهو انه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى لمقصود الانزجار عن الاعراض فحيث اقيم ثبت شبهة الى آخر ما ذكر وحق العبد في الخصومة فيه دون غيره فليس غير قوله بخلاف ما اذا زنا وقذف وسرق ثم اخذ يعني وتثبت الاسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من اسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض وثبت كل بخطاب يخصه فلو حد وجعل في الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا بعضا من النصوص عن موجبه

فروع ثبت عليه باقراره والسرقة والشرب والقذف وفقأ عين رجل يبدء بالقصاص في العين لانه محض حق العبد ثم اذا برئ اخرجه فحده للقذف لانه مشوب بحقه فاذا برئ فالامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقة لان كلا حق لله وهو ثابت بالنص فيبتلي ويجعل حد الشرب آخرها فانه اضعف لانه بما لا ينسلي وتقدم قول علي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه وكلما اقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لانه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصير الامام مضيعا للحد وهو منهي عن ذلك وان كان محصنا اقتص منه في العين وضربه حد القذف ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم والمعنى ان المقصود الزجر له ولغيره واتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد الا انه يضمنه السرقة لو اتلفها لانه وجب عليه بالاخذ وانما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد ولهذا يضمنه فيؤمر بايفائها من تركته ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير ولكن القاضي اذا اراد ان يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عمر في الغامدية او يبعث امينا كما فعل في ماعز ولا يستحلف في القذف اذا انكره ولا في شيء من الحدود ولانه لا يقضى بالنكول وهو ممتنع في الحدود ولان النكول اما بذل او البذل لا يكون في الحدود او قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره بخلاف التعزير والقصاص فانه يستحلف فيهما ويستحلف في السرقة لاجل المال فان نكل ضمن المال ولا يقطع لان حقيقة السرقة اخذ المال بقيد فيحلف على اخذ المال لا على فعل السرقة عند نكوله يقتضي بموجب الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الاخذ فيضمن ولا يقطع واذا اقام المقذوف بينة بالقذف سألهما القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لان الرمي بغير الزنا قد يطلقونه قذفا فلا بد من استفسارهم فان لم يزيدوا على قولهم قذفه لا يحد واذا شهدوا انه قال يا زاني وهم عدول حد وان لم يعرف القاضي عدالتهم حبس القاذف حتى يزكوا لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض الناس فيحبس لهذه التهمة ولا يكفل على ما تقدم من الزنا فارجع اليه ولا يكفل

واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي رح ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده

في شيء من الحدود والقصاص في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول ولهذا اجاب ابو حنيفة وفي قول ابي يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل فلهذا لا يحبس عندهما في دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف انه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص لان النيابة لا تجري في ايفائها والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الايفاء وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود فاما اخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند ابي حنيفة اذا زعم المقذوف ان له بينة حاضرة في المصر وكذلك لا يأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلازمه الى آخر المجلس فان احضر بينته والا خلى سبيله وعند ابي يوسف ومحمد يأخذ منه بنفسه الى ثلاثة ايام وقالا حد القذف في الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد في اخذ الكفيل بنفسه نظرا للمدعي من حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وابو حنيفة يقول بناء الحدود على الاحتياط في درئها لا اثباتها وكان ابو بكر الرازي يقول مراد ابي حنيفة ان القاضي لا يجبره على اعطاء الكفيل فاما اذا سمحت نفسه فلا بأس لان تسليم نفسه مستحق عليه والكفيل في الكفالة بالنفس انما يطالب بهذا القدر فاما ان اقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي بالعدالة فهو كما لو لم يقم احدا لا يلازمه الا الى آخر المجلس وان كان ظاهر العدالة حبسه اذا قال لي شاهد آخر يومين او ثلثة هذا القدر استحسان وهذا كله عند ابي حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس بالحد وعندهما يأخذ كفيلا بنفسه فلا يحبسه لان المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهد على القذف في المكان والزمان لا تبطل شهادتهما عند ابي حنيفة وعندهما يمنع قبول الشهادة لانه انشاء بسبب موجب للحد فما لم يتفق الشاهدان على سبب واحد لا يقضى به كما لو اختلفا في اقراره بالقذف والشاهد وابو حنيفة يقول القذف قول قد تكرر فيكون حكم الثاني حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق وهذا هو القياس في الانشاء والاقرار الا اني استحسن هناك لان حكم الاقرار بالقذف يخالف حكم الانشاء بدليل ان من تزوج امرأة ثم اقر انه كان قذفها قبل النكاح كان عليه الحد ولو قذفها في الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها في العربية والفارسية وغيرها بطلت شهادتهم لان عند اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف في الصراحة ونحوه وكذا لو شهد احدهما انه قال يا ابن الزانية والآخر ليست لابيك ولو شهد احدهما انه قذفه يوم الخميس والآخر انه اقر انه قذفه يوم الخميس لا يحد ولا يقبل في اثبات القذف كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة ولو كان القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضي عندي بينة تصدق قولي اجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير ان يطلق عنه ويقال له ابعث الى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد اذا لم يكن له من يأتي بهم اطلق عنه ويبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وفي ظاهر الرواية لم يفتقر الى هذا لان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له ان يؤخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه والى آخر المجلس قليل لا يستضر كالتأخير الى ان يحضر الجلاد وعن ابي يوسف يستأنى به الى المجلس الثاني لان القذف موجب للحد بشرط عجزه عن اقامة اربعة والعجز لا يتحقق الا بالامهال كالمدعى عليه اذا ادعى طعنا في الشهود يمهل الى المجلس الثاني وجوابه ما قلنا وعرف انه لا يقبل منه الا اربعة فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة قال تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين فان شهد رجلان او رجل وامرأتان على اقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا اقراره بالزنا الا ان المعتبر في الاقرار اسقاط الحد لا اقامته لان ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود ولو زنا المقذوف قبل ان يقام الحد على القاذف او

فصل في التعزير

وطئ وطئاً حراماً على ما ذكرنا او ارتد سقط الحد عن القاذف ولو اسلم بعد ذلك لان احصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند اقامة الحد وكذا اذا خرس او عتة ولكن لا لزوال احصانه بل للتمكن شبهة انه لو كان ناطقا صدقه ولا يلقن القاضي الشهود ما يتم به شهادتهم في الحدود جنس آخر تقدم ان قوله انت ازنى من فلان او ازنى الناس لا حد عليه وهو من المبسوط وفي فتاوى قاضي خان قال انت ازنى الناس او ازنى من فلان عليه الحد ولو قال انت ازنى مني لا حد عليه ولو قال لها يا زانية فقالت انت ازنى مني حد الرجل وحده ولو قال لامرأته ما رأيت زانية خيرا منك لا حد عليه وكذا لو قال لامرأته وطئك فلان وطئا حراما او فجر بك او جامعك حراما لا حد عليه وكذا اذا قال اخبرت انك زان او اشهدت على ذلك ولو قال زنيت وفلان معك يكون قاذفا لهما لان العادة ان لا معية حالة الزنا فانصرف الى معية الفعل دون الحضور ومن قال لست لابيك لا يكون قاذفا وهو ظاهر لست لانسان لست لرجل ليس بقذف فاذا رجل قذف ولده او ولد ولده لا حد عليه ولو قذف اباه او امه او اخاه او عمه حد قال لرجل قل لفلان يا زاني فان قال الرسول للمرسل اليه فلان يقول لك يا زاني لا حد على الرسول ولا على المرسل وان قال له يا زاني حد الرسول خاصة ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له ان يطالب بقذف بعد ذلك ولو قال يا ابن الحجام او يا ابن الحائك لا حد ولو قال لرجل يا ابن لا حد عليه لانه تلطف وكذا يا ابن النصراني او يا ابن اليهودي وفي الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال في بيت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال آخر همكر دست لم يحد لانه ليس باشارة الى هذه الافعال ولو قال اين همه كرده است فكذلك لانه لم يسمه ولم يكنه ولو قال وى اين همه كرده است يكون قذفا ومعنى الاول فعل الكل ومعنى الثاني فعل هذه كلها ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها وفي الفتاوى قال الرجلين احدكما زان فقيل له هذا هو لا حد بها فقال لا حد عليه لان اصل القذف لم يقع موجبا ولو قال لجماعة كلكم زان الا واحد يجب عليه الحد لان القذف فيه موجب للحد فكان لكل واحد ان يدعي ما لم يعين المستثنى من فروع تداخل حد القذف ما ذكره الصدر في التجنيس عبد قذف حرا فاعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين ولو جاء الاول فضرب اربعين ثم جاء به الآخر تمم الثمانين لان الاربعين وقع لهما فبقي الباقي اربعين ولو قذف آخر قبل ان يأتي به الاول الثمانون تكون لهما جميعا ولا يضرب ثمانين مستأنفا

لان ما بقي تمامه حد الاحرار فجاز ان يدخله فيه الاحرار وهذا ما وعدناه ولو قال لامرأة يا روسپي يحد ولو قال يا قحبة يعزر

فصل في التعزير لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة وهي وكذا اعقبها التعزير الذي هو دونها في المقدار والدليل في التعزير تأديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع في الكتاب قال الله تعالى واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا امر بضرب الزوجات تأديبا وتهذيبا وفي الكافي قال عليه السلام لا ترفع عصاك عن اهلك وروي انه عليه السلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وفي المحيط روي عنه عليه السلام قال رحم الله امرءا علق سوطه حيث يراه اهله واقوى من هذا الاحاديث قوله عليه السلام لا يجلد فوق عشر الا في حد وسيأتي وقوله فاضربوهم على تركها لعشر في الصبيان فهذا دليل شرعية التعزير واجمع عليه الصحابة وبالمعنى وهو ان الزجر عن الافعال السيئة كيلا تفضي الى ما هو اقبح والفحش واجب وذكر التمرتاشي عن السرخسي انه ليس فيه شيء مقدر بل مفوض الى راي القاضي لان المقصود منه الزجر واحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالنصيحة ومنهم من يحتاج الى اللطمة والى الضرب ومنهم من يحتاج الى الحبس وفي الشافي التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف وهم العلوية والعلماء بالاعلام وهو ان يقول له القاضي بلغني انك تفعل كذا فينزجر به وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير

الاخسة بهذا كله وبالضرب وعن ابي يوسف يجوز التعزير للسلطان باخذ المال وعندهما وباقي الائمة الثلاثة لا يجوز وما في الخلاصة سمعت من ثقة ان التعزير باخذ المال ان راى القاضي ذلك او الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشائخ كقول ابي يوسف وقال التمرتاشي يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل احد لعلة النيابة عن الله تعالى وسئل ابو جعفر الهندواني عمن وجد رجلا مع امراة ايحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يقتله وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المراة يحل قتلها ايضا وهذا تنصيص على ان الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح في المنتقى بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولى كل احد ذلك حيث قال من راى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود لم يثبت توليتها الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم الا ان يحكما فيه ثم التعزير فيما شرع فيه التعزير اذا راه الامام واجب وقول مالك واحمد رحمهما الله وعند الشافعي ليس بواجب لما روي ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال اني رايت امراة فاصبت منها ما دون ان اطاها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصليت معنا قال نعم فتلا عليه ان الحسنات يذهبن السيئات وقال في الانصار اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزبير في سقي ارضه فلم يوافق غرضه ان كان ابن عمتك فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعزره ولنا ان ما كان منصوصا عليه من التعزير كما في وطي جارية امراته او جارية مشتركة يجب امتثال الامر فيه وما لم يكن منصوصا عليه اذا راى الامام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة او علم انه لا ينزجر الا به وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد وما علم انه انزجر بدونه لا يجب وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم ما اصاب من المراة فانه لم يذكر للنبي صلى الله عليه وسلم الا وهو نادم منزجر لان ذكره له ليس الا الاستعلام بموجبه ليفعل معه واما حديث ابن الزبير فالتعزير لحق آدمي وهو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه وفي فتاوى قاضي خان التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الابراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجري فيه اليمين يعني اذا انكر انه سبه يحلف فيقضى بالنكول ولا يخفى على احد انه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله فحق العبد لا شك انه يجري فيه ما ذكر واما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد ذكرنا آنفا انه يجب على الامام ولا يحل له تركه الا فيما علم انزجار الفاعل قبل ذلك ثم يجب ان يتفرع عليه انه يجوز اثباته بما يدفع شهادة فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه آخر فان قلت في فتاوى قاضي خان وغيره ان كان المدعى عليه ذا مروءة وكان اول ما فعل يوعظ استحسانا فلا يعزر فان عاد وتكرر منه روي عن ابي حنيفة انه يضرب وهذا يجب ان يكون في حقوق الله تعالى فان حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من اسقاط التعزير قلت يمكن ان يكون محله ما ثبت من حقوق الله تعالى ولا مناقضة لانه اذا كان ذا مروءة فقد حصل تعزيره بالجر الى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله ولا القذف يعني بالضرب في اول مرة فان عاد عزره صرح بالقذف ويمكن كون محله حق آدمي من الشتم وهو ممن تعزيره بما ذكرنا وقد روي عن محمد في الرجل يشتم الناس اذا كان له مروءة

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه

يوعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سبابا ضرب وحبس يعني الذي دون ذلك والمروة عندي في الدين والصلاح
قوله ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالاجماع الا على قول داؤد في العبد فانه يحد به وقول ابن المسيب في الذمية لتي لها ولد مسلم قال يحد به وانما عزر لانه اى هذا الكلام جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق ومثله يا لص او يا فاجر او يا زنديق او يا مقبوح يا ابن القحبة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط او يا لوطي او قال انت تلعب بالصبيان يا آكل الربوا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ماوى الزواني يا ماوى اللصوص يا منافق يا يهودي عزر بكذا مطلقا في فتاوى قاضي خان وذكره الناطفي وقيده بما اذا قال لرجل صالح اما لو قال لفاسق يا فاسق او للص يا لص او للفاجر يا فاجر لا شئ عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا انه آذاه بما الحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه اما في علم فان الشين قد الحقه هو بنفسه قبل قول القائل وقيل في يا لوطي يسال عن نيته ان اراد انه من قوم لوط فلا شئ عليه وان اراد انه يعمل عملهم عزر على قول ابي حنيفة وعندهما يحد والصحيح انه يعزر ان كان في غضب قلت او هزل ممن تعود بالهزل بالقبيح ولو قذفه باتيان ميتة او بهيمة عزر قال المص الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى وهو ما اذا قذف غير المحصن بالزنا لانه من جنس ما يجب به الحد وهو الرمي بالزنا وفي الثانية وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصي الراي الى الامام **قوله** ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه لم ينسبه الى شين معصية ولم يتعلق به شين اصلا بل انما الحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا تيس يا قرد يا ذيب يا حجام يا بغيا يا ولد حرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا مسخرة يا ضحكة يا كشحان يا ابله يا ابن الحجام وابوه ليس بحجام او يا ابن الاسود وابوه ليس كذلك يا كلب يا رستاقي يا مواجر يا موسوس لم يعزر والحق ما قاله بعض اصحابنا انه يعزر في الكشحان اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان والديوث والمراد به والقرطبان في العرف الرجل الذي يدخل الرجال على امرأته ومثله في عرف ديار مصر والشام المعرص والقواد و عدم التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة واختار الهندواني انه يعزر به وهو قول الائمة الثلاثة لان هذه الالفاظ تذكر للشتيمة في عرفنا وفي فتاوى قاضي خان في يا كلب لا يعزر قال وعن الفقيه ابي جعفر انه يعزر لانه يعد شتيمة ثم قال والصحيح انه لا يعزر لانه كاذب قطعا انتهى وفي المبسوط فان العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذيب وذكر قاضي خان عن امالي ابي يوسف في يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال وفي رواية محمد لا يعزر وهو الصحيح والمص استحسن التعزير اذا كان المخاطب من الاشراف فتحصلت ثلاثة والمذهب هو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندواني يعزر مطلقا والمفصل بين كون المخاطب من الاشراف فيعزر قائله او لا فلا ويعزر في مقامر وفي قذر وقيل في بليد وانا اظن انه يشبه يا ابله ولم يعزر وابه **قوله** والتعزير اكثره تسع وثلثون سوطا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبلغ به خمسة وسبعون سوطا والاصل في نقصه عن الحدود قوله عم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ذكر البيهقي ان المحفوظ انه مرسل واخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير ورواه ابن ناجية في فوائده ثنا محمد بن حصن الاصبحي ثنا عمر بن علي المقدمي ثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن

ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ
بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رح تجب الدية
في بيت المال لان الاتلاف خطاء فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى
عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

محل واحد على هذا المعنى شدة الضرب قوته لا جمعه في عضو واحد كما قيل اذ صح انه لا يجمع في عضو واحد مطلقا ثم حد الزنا يلي التعزير في الشدة لانه
ثابت بالكتاب وهو اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم وهو اتلاف النفس بالكلية ثم حد الشرب لانه ثابت باجماع الصحابة لكن لا يتلى في القرآن وفي
زمنه عم كان غير مقدر على ما تقدم ولان سببه متيقن فيكون سببيته لا شبهة فيها والمراد الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت
لانه بالبينة او الاقرار وهما لا يوجبان اليقين فان قيل ينبغي انه شرعا بمعنى ان عندهما يتيقن بلزوم الحد وان الثابت بهما كالثابت بالمعاينة قلنا
كذلك القذف يثبت بالبينة والاقرار فلا يقع فرق ح بينهما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه قربة وبالبينة لا يتيقن بذلك
لجواز صدقه فيما نسبه اليه ولانه جرى فيه التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ مرة اخرى من حيث الوصف وهو شدة الضرب ولان الشرب
ينتظم القذف كما قال على رض اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد ونظرا الى المظنة
فلا يغلظ بالشدة فاشدها التعزير واخفها حد القذف وعند احمد اشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل
سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر في المبسوط بانه يجرد ويعزر في ازار واحد وفي الفتاوى قاضي خان يضرب في التعزير قائما
عليه ثيابه وينزع الحشو والفرو ولا يمد في التعزير **قوله** ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر وهو قول مالك واحمد وقال
الشافعي رح يضمن ثم في قول تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب
عمله لهم عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان اصل التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين عليه
في التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام
مامور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له في التعزير لحق الله تعالى وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كما في
الفصاد ولانه لا بد له من الفعل والا عوقب والسلامة خارجة عن وسعه اذ الذي في وسعه ان لا يتعرض لسببها القريب
وهو بين ان يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه او يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مولم زاجر وقد يتفق ان يموت الانسان
به فلا يتصور الامر بالضرب المولم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناية في الفعل والاطلاق وهو مخير فيه
بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ولهذا يضمن اذا عزر امرأته فماتت لانه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع
الى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما امر الله به وذكر الحاكم لا يضرب امرأته على ترك الصلوة ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا ادب الصبي فمات
منه يضمن عندنا والشافعي ولو جامع زوجته فماتت او افضاها لا يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف ذكره في المحيط مع انه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه
ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد وتتمته الاولى للانسان فيما اذا قيل له ما يوجب التعزير ان لا يجيبه قالوا ولو قال
الادب له يا خبيث الاحسن ان يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليؤدبه يجوز ولو اجاب مع هذا فقال بل انت لا باس واذا اساء العبد الادب حل لمولاه تاديبه
وكذا الزوجة وفي الفتاوى القاضي من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى ان تظهر التوبة وفيها عن ابي يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشترى ويترك الصلوة
يحبس ويودب ثم يخرج والساحر اذا ادعى انه يخلق ما يفعل ان تاب وتبرأ وقال الله تعالى خالق كل شيء قبلت توبته وان لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها وان كانت
المرتدة لا تقتل عندنا لكن الساحرة تقتل بالاثر وهو ما روى عن عمر رض انه كتب الى عماله اقتلوا الساحر والساحرة وفي فتاوى قاضي خان اذا كان يعمل السحر ويجحده لا يدرى كيف يقول فان قال الساحر تركت اذا

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما ياتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه

اخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته وفي الفتاوى رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجته بتلك اللعبة فهذا ساحر ويحكم بارتداده ويقتل قال في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد ان لها اثرا انتهى وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير اعني عدم الحكم بارتداده فينبغي ان يكون حكمه ان يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل تحل الكتابة بما علم ان فلانا يتعاطى من المناكير لابيه قالوا ان وقع في قلبه ان اباه يقدر ان يغير على ابنه حل له ان يكتب وان لم يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين المرء وزوجته وبين السلطان والرعية ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعين على شبهة الشرب وان لم يشرب او من معه ركوة خمر والمفطر في نهار رمضان يعزر ويحبس والمسلم يبيع الخمر او ياكل الربا يعزر ويحبس وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمي يعزر لانه ارتكب معصية وكذا من قبل اجنبية اعتنقها او مسها بشهوة والله اعلم

كتاب السرقة

لما كان المقصود من الحدود الانزجار عن اسبابها السبب بما اشتملت عليه من المفاسد روعي من ترتيبها في التعليم ترتب اسبابها في المفاسد فلما كانت مفسدة الزنا اعظم تقدم على ما هو اخف لان تقديمه وتعلمه اهم واعظم المفاسد ما يؤدي الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويليه ما يؤدي الى فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ويليه ما يؤدي الى افساد العرض وهو القذف فانه امر خارج عن الذات يؤثر فيها ويلحق امر اقبيحا ويليه ما يؤدي الى اتلاف المال فانه الاخر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان اخرا فاخر وللسرقة تفسير لغة وهي ما ذكر في الكتاب وهي اخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يستمع مستخفيا وفي الشريعة هي هذا ايضا انما زيد على مفهومها قيود في اناطة حكم شرعي بها اذ لا شك ان اخذ اقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعي فاذا قيل للسرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا لا يجئ بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي اخذ العاقل البالغ عشرة دراهم او مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتعم الشبهة في التاويل فلا يقطع السارق من السارق ولا احد الزوجين من الاخر او ذي الرحم الكاملة والنقل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى تعين بما الامر له كالصلوة على ما هو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل هي في مفهومها اللغوي والزيادات شروط غير مرضي والقطع بانها للافعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال انها في الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والغرض انه لا يتبادر الدعاء فقط هذا فيأتي في السارق من السارق خلاف قوله والمعنى اللغوي يعني الخفية مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء وذلك في سرقة النهار في المصر او ابتداء لا غير وهي في سرقة الليل فانه اذا دخل البيت ليلا خفية ثم اخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من في يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى واذا كابره في المصر نهارا واخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك من الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات في الليل تصير مغالبة اذ قليلا ما يختفي في الدخول والاخذ بالكلية وعليه فرع اذا كان صاحب الدار يعلم دخول اللص لا يعلم كونه فيها او يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله او كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع ولو كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن غير المالك او من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والمضاربة

قال وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع والاصل
فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء
الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب
والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رح التقدير بربع دينار وعند مالك رح بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله
عليه السلام ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رح
يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى
احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم

والمرتهن كانت الخفية المعتبرة في الكبرى مسارقة عين الامام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الاخذ المذكور واما شروطه
الحكم ومنها تفصيل النصاب فياتي في اثناء المسائل قوله واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل
في وجوب القطع قوله تع والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما لانها بالمخالفة والمخالفة فرع
تعلق الخطاب قوله ولا بد من التقدير بالمال الخطير اختلف في انه هل يقطع بكل مقدار من المال ولا بد من مقدار معين لا يقطع في اقل منه فقال بالاول
الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لاطلاق الآية ولقوله عم لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع
يده متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا في مال متقدر لقوله عم لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا
متفق عليه فلزم في الاول التاويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم وبالبيضة من الحديد او النسخ ولو قيل ونسخه ايضا ليس اولى من نسخ
ما رويتم قلنا لا تاريخ لثبت وجه اولوية الحمل هو مع الجمهور فان مثله في باب الحدود يتعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك و
به تقييد اطلاق الآية وبالعقل وهو ان الحقير مطلقا تفتر الرغبات فيه فلا يمنع اصلا كحبة قمح وهو مما يشمله اطلاق الآية وكذا لا يخفى اخذه فلا تحقق
باخذه ركن السرقة وهو الاخذ خفية ولا حكمة الزجر ايضا لانها فيما يغلب فان ما لا يغلب لا يحتاج الى شرع الزاجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الى
الزاجر عنه فهذا المخصص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف القائلون
لمقدار معين في تعيينه فذهب اصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب
مالك واحمد الى انه ربع دينار او ثلاثة دراهم لما روى مالك في موطئه عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه عن عمرة بنت عبد الرحمن
ان سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان رض اترجة فامر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثنا عشر بدينار فقطع عثمان يده قال مالك
احب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف او اتضع وذلك انه عم قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع في اترجة
قيمتها ثلاثة دراهم وهذا احب ما سمعته الى انتهى وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته
ثلاثة دراهم خرجه الشيخان وفي لفظ لهما عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا غير ان الشافعي يقول
كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فالثلاثة ربعها ففي مسند احمد عن عائشة عنه عليه السلام اقطعوا في ربع
دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم وقد ظهر ان المراد مما ذكر المص من قوله ان القطع في زمن رسول
الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن انه ما كان الا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي ان المسروق كان نفس ثمنه فقطع به ذلك ليس كذلك
بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا للدرء فعرف انه قد قيل في
ثمن المجن اكثر مما ذكروا ايده بذلك حديث ايمن رواه الحاكم في المستدرك عن مجاهد عن ايمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عليه ونقل عن الشافعي رح انه قال لمحمد بن الحسن رح هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يقطع
في ربع دينار فصاعدا فكيف قلت لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن ايمن بن ام ايمن اخي اسامة
ابن زيد لامه فان الشافعي اجاب بان ايمن ابن ام ايمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل ان يولد مجاهد قال ابن ابي حاتم في المراسيل

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع

وسألت ابي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحاكم عن عطاء ومجاهد عن ايمن وكان فقيها قال تقطع يد السارق في ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا قال ابي هو مرسل واری انه والد عبد الواحد بن ايمن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر ان ايمن اسم للصحابي وهو ابن ام ايمن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم لتابعي اخر وقال ابو الحجاج المزني في كتابه ايمن الحبشي مولى بني مخزوم وروى عن سعيد وعائشة وجابر وعنه ابنه عبد الواحد ووثقه ابو زرعة ثم قال ايمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن ابي عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في السرقة الى ان قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائي ما احسب له صحبة وقد جعله اسماء التابعين واما ابن ابي حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا قال ابن ابي حاتم مولى ايمن الحبشي مولى ابن ابي عمر روى عن عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد سمعت ابي يقول ذلك وسئل ابو زرعة عن ايمن والد عبد الواحد فقال مكي ثقة وقال ابن حبان في الثقات ايمن بن عبيد الحبشي مولى ابن ابي عمر المخزومي من اهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن ايمن وكان اخا اسامة بن زيد لامه وهو الذي يقال له ايمن ابن ام ايمن مولاة النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم ان له صحبة وهم حديثه في القطع مرسل فهذا يخالف الشافعي وغيره ممن ذكر ان ايمن ابن ام ايمن قتل يوم حنين وانه صحابي حيث جعله من التابعين وكذا فعل الدارقطني في سننه ايمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبي صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذي يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينارا روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل انه اختلف في ايمن راوي قيمة المجن هل هو صحابي ام تابعي ثقة فان كان صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكره ابو زرعة الامام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادحا بل هو حجة فوجب اعتباره وح فقد اختلف في تقويم المجن اهو ثلاثة او عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لايجاب الشرع الدرء ما امكن في الحدود ثم يقوى ما رواه النسائي ايضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم واخرجه الدارقطني ايضا واخرجه هو واحمد في مسنده عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وكذا اسحق ابن راهويه وروى ابن ابي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المص وتايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في ربع دينار او عشرة دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبراني في معجمه واشار اليه الترمذي في كتابه الجامع فقال وقد روى عن ابن مسعود انه قال لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان الكل ما رووه الا عن القاسم لكن في مسند ابي حنيفة من رواية ابي مقاتل عن ابي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله بن مسعود قال كان تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول في رواية خلف بن ياسين عن ابي حنيفة انما كان القطع في عشرة دراهم واخرجه ابن خسرو من حديث محمد بن الحسن عن ابي حنيفة يرفعه لا تقطع اليد في اقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا كان له حكم الرفع لان المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع **قوله واسم الدراهم** يعني في الحديث وهو قوله

والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لأنه المتعارف في عامة البلاد وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها وإن كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لأن الشبهة دارئة وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى قال والعبد والحر في القطع سواء لأن النص لم يفصل ولأن التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لأموال الناس

أو عشرة دراهم تطلق على المضروبة عرفا فإذا أطلق بلا قيد فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكر في القدوري وهو ظاهر الرواية وهو الأصح للظاهر من الحديث ورعاية لكمال الجناية لأنها شرط العقوبة وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا لا تقطع بها ولو تجوز بها لأن نقصان الوصف كنقصان الذات وعن أبي يوسف يقطع بها إذا كانت رائجة حتى لو سرق عشرة تبرا أي فضة غير مضروبة قيمتها أقل من عشرة مسكوكة لا يجب القطع على ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقطع للإطلاق المذكور وأنت تعلم أن المطلق يتقيد بالعرف والعادة **قوله والمعتبر وزن سبعة** يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة مثاقيل كما في الزكاة وتقدم بحثنا فيها في الزكاة أنه ينبغي أن يراعى أقل ما كان من الدراهم على ما قالوا وأما هنا فمقتضى ما ذكروه من أن الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة أصناف صنف وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة أن يعتبر في القطع وزن عشرة هذا مقتضى أصلهم في ترجيح تقدير المجن بعشرة بأنه أدرأ للحد ما كان وزنه لا يقال هذا إحداث قول ثالث لأنا نقول لا نسلم فإنه إنما يكون ذلك إذا تحققنا أن كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فإن ممن نقل تقديره بعشرة سفيان الثوري وعطاء ولم ينقل تقديرهما بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث إلزام على قولهم إن وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما إن قيل كالشافعية إنها كانت كذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم فلا **قوله** وقوله أي قول القدوري أو ما تبلغ قيمته عشرة إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بالدراهم وإن كان ذهبا حتى لو سرق دينارا قيمته أقل من عشرة لا يقطع ذكره في المحيط قال والمراد من الدينار المذكور أنه يقطع به في الحديث ما يكون مقوما به لا قيمة الوقت أي يكون دينارا قيمته عشرة دراهم فضة جيادا بوزن سبعة مثاقيل أو أكثر سواء كان في الوقت كذلك أو لا فلا اعتبار للوقت لأنه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمة غير الفضة عشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع إلا إن كان النقص بسبب عيب دخله أو فوات بعض العين فعلى هذا إذا سرق في بلد قيمته فيها عشرة فأخذ في أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع وفي قول الطحاوي تعتبر وقت الإخراج من الحرز فقط ولو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوي عشرة مسكوكة لا يقطع لأنه يخالف النص في محل النص وهو قوله لا قطع إلا في ربع دينار أو عشرة دراهم في محل النص وهو أن يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد إلى النصاب المأخوذ وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر في علامة فتاوى سمرقند إذا سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع وقال وهذا إذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة فإن كان يقطع لأن القصد فيه يقع على سرقة الدراهم ألا ترى أنه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وإن كان الكيس لا يساوي درهما ولا بد أن يكون المسروق عشرة كاملة حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف وأن يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا في الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر أن يتغوطه بل يضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وأن يخرج النصاب بمرة واحدة فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لا يقطع **قوله والحر والعبد في القطع سواء** لأن النص لم يفصل بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف فيتكامل

ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يقطع الا باقراره مرتين ويروى انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فتعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع

وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة صيانة لاموال الناس والرق منصف فما امكن فيه التنصيف نصف ما عليه بتحميل موجب العقوبة وما لا كمل حمدورته والاحاد في السبب في حقه بخلاف الزنا فان له حدين الجلد والرجم فانتظم النفس الحر والمرقوق في الجلد فحد على نصف حد الاحرار لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الاخر وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناول الارقاء قوله ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ومالك والشافعي واكثر علماء الامة وقال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره مرتين وهو قول احمد وابن ابي ليلى وزفر وابن شبرمة ويروى عن ابي يوسف اشتراط كون الاقرارين في مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى اما المنقول فما روى ابو داود عن ابي امية المخزومي انه عليه السلام اتي بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال بلى يا رسول الله فاعاد عليه مرتين او ثلاثا فامر به فقطع فلم يقطعه الا بعد تكرار اقراره واسند الطحاوي الى علي رضي الله عنه ان رجلا اقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فامر به فقطع فعلقها في عنقه اما المعنى فالحاق الاقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال حد فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهود ونظيره الحاق الاقرار في حد الزنا بعدد الشهادة فيه ولابي حنيفة ما اسند الطحاوي الى ابي هريرة في هذا الحديث قالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله عز وجل فقال تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه باقراره مرة واما المعنى فمعارض بحد القذف والقصاص وهو وان لم يكن فهو في معناه من حيث انه عقوبة بكذا اظهر الموجب فيكتفى به كالقصاص وحد القذف واما قياسه على الشهادة فمع الفارق لان اعتبار العدد في الشهادة انما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الاقرار لانه لا يتهم الانسان في حق نفسه بما يضره ضررا بالغا على ان الاقرار الاول ان كان صادقا فالثاني لا يفيد شيئا اذ لا يزداد صدقا واما كاذب فبالثاني لا يصير صادقا فظهر انه لا فائدة في تكراره فان قيل فائدته دفع احتمال كونه يرجع عنه اجاب المصنف بقوله وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار فله ان يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه بوجه لان صاحب المال يكذبه فلا يقبل رجوعه عنه واما النظير المذكور اعني اشتراط كون الاقرار بالزنا متعددا كما في الشهادة به فلا نسلم ان ذلك بطريق القياس كيف واصله اعني الشهادة وهي على خلاف العيون من حكمه وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس فالواقع ان كلا من تعدد الشهادة وتعدد الاقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه اعلم فرع في عيون المسائل قال سرقت من فلانة مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن المائة هذا ان ادعى المقر له المالين وهو قول ابي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة واقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وينتفي الضمان بخلاف قال سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيئا لو ادعى المقر له المائتين لانه اقر بسرقة مائتين ووجب القطع فانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه اقر بسرقة مائتين ورجع عنها فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو انه صدقه في الرجوع الى المائة لا ضمان وفي خلاصة العيون قال انا سارق هذا الثوب يعني بالاضافة قطع ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال

قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها للزيادة في الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة

والاول على الحال قوله ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق وهذا باجماع الامة قوله وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة اي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كان نقب الجدار وادخل يده فاخرج المتاع فانه لا يقطع على ظاهر مذهب الثلاثة او اخرج بعض النصاب ثم عاد واخرج البعض الآخر او ناول رفيقا له على الباب فاخرجه ويسألهما عن ماهيتها فانها تطلق على استراق السمع والنقص من اركان الصلوة وعن زمانها لاحتمال التقادم وعند التقادم اذا شهدوا يضمن المال ولا يقطع على ما مر وتقدم ايضا انا ادرين ان التقادم ينبغي ان لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا يتهم في تاخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمص وفي قاضيخان يسألهما عن المكان لاحتمال انه سرق من دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالاقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا في الكافي وعن المسروق اذ السرقة في كل مال لا يوجب القطع كما في الثمر والكثر وعن قدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وانت تعلم ان شهادتهم بانه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا تستلزم ان ما بينهما النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم ان يقول سرق مالي وانا مولاه او ولده وانما يسأل عن هذه الامور احتياطا للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لانه صار متهما بالجناية والتوثق بالتكفيل ممتنع لانه لا كفالة في الحدود وهنا نظر وهو ان اعطاء الكفيل بنفسه جائز وعلى قول ابي يوسف يجوز ولم يقع التفصيل في هذا الحكم اعني حبسه عند اقامة البينة حتى يزكوا ومقتضى ما ذكر من انه يحبس تهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب انه صار متهما بالفساد وانه لو صح التكفيل ينبغي ان لا يعدل عن حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الارض وكذا ذكر في الفتاوى من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في الحبس الى ان يظهر التوبة بخلاف ما يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلوة فانه يحبس ويؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة غير مشغول بالسرقة ليس له ان يقتله وله ان ياخذه وللامام ان يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر للتوبة مشروع واذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع ايضا حتى يحضرا وكذلك في الموت وهذا في كل الحدود سوى الرجم ويمضي القصاص ان لم يحضروا استحسانا كذا في كافي الحاكم

قوله واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع ومعلوم تقييده قطعهم بما اذا لم يكن منهم احد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبي وعند مالك يقطعون وان لم يصب احدهم نصاب بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص قلنا القطع لكل سارق بسرقته نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد عنى وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل حتى يكون ما سرقه نصابا

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ما يقطع فيه المسروق وهو متعلق السرقة اذ هو محلها فهو ثان بالنسبة الى نفس الفعل فلذا اخره عن بيان السرقة وما يتصل بها قوله لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام اي اذا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد ان اخذ واحرز وصار مملوكا التافه والتافه الحقير الخسيس من باب ليس كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير

الا ما دليه حديث عائشة رضى قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه اي الحقير ولا يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزجر ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا يرى ان الخشب يلقى على الابواب انما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف رح انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي رح والحجة عليه ما ذكرنا

والصيد بريا او بحريا والزرنيخ والمغرة وهو بفتح الغين الطين الاحمر ويجوز اسكانها والنورة **قوله** والاصل فيه حديث عائشة رض فهو ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ومسنده ثنا عبد الرحمن بن سليمان عن هشام بن عروة عن عائشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه زاد في مسنده ولم يقطع في ادنى من ثمن حجفة او ترس ورواه مرسلا الفيا ثنا وكيع عن هشام ابن عروة عن ابيه وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا ابن جريج عن هشام به وكذا اسحق بن راهويه اخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدي في الكامل مسندا اخرجه عن عبد الله بن قبيصة الفزاري عن هشام بن عروة عن عائشة رض ولم يقل في عبد الله هذا شيا الا انه قال لم يتابع عليه ولم ار للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لابين ان في روايته نظرا ولا يخفى عن هذه المرسلات كلها حجة وقد تقدم وصله من حديث ابن ابي شيبة ومتابعه عبد الرحمن بن سليمان واذا عرف هذا فقال المص ما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته اي الاصلية بان لم تحدث فيه صنعة متقومة غير مرغوب فيه حقير فيكون تناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا ثم قوله بصورته ليخرج الابواب والاواني من الخشب وغير مرغوب فيه ليخرج نحو المعادن من الذهب والصفر واليواقيت واللولو ونحوها من الاحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر لبعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي ان يقطع به لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والابنوس ويختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه في الدكاكين وقوله تقل الرغبات فيه يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل اليه ولا الضمن به الطباع اذا احرز حتى انه قلما يوجد اخذه على كره من المالك لا ينسب الى الجناية بناء على ان الظنة بها تعد من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب قال المص ولان الحرز فيها ناقص فان الخشب بصورته الاولى يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز قال والطير يطير يعني من شانه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه ان قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز الا ان هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اي في الصيد قبل الاحراز بقوله عم الصيد لمن اخذه وهو حال كونه على تلك الصفة اي الاهلية تورث الشركة العامة شبهة فيه بعد الاحراز فيمنع القطع والوجه ان تحمل على ان الشبهة العامة الثابتة في الكل بالاباحة لاصلها ثابتة بالاجماع واما قوله عم الناس شركاء في ثلاث فانما يتناول الخشب والقصب بلفظ الكلام ففيه قصور ايضا قال ويدخل في السمك المالح والطري وصوابه السمك المليح او المملوح وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير فيقل احرازه عنه واما قوله ولاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن يسار قال اتى عمر بن عبد العزيز في رجل سرق دجاجة فاراد ان يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع في الطير ورواه ابن شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال اتي عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال ما رايت احدا قطع في الطير وما عليه في ذلك قطع فتركه عمر فان كان هذا مما لا مجال للراي فيه فحكمه حكم السماع والا فتقليد الصحابي عندنا واجب لما عرف **قوله** وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطير والتراب والسرقين وروي عنه الا في الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ لان ما سوى هذه اموال متقومة

قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر
الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل
منه وما في معناه كاللحم والتمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي رح يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع
في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس
من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز

محرزة فصارت لغيرها والاباحة الاصلية زالت وزال اثرها بالاحراز لبعد التمليك هو قول الشافعي رح والحجة عليهما ما ذكرنا من حديث
عائشة وثبوت الشبهة قوله ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والخبز الطري ذكره في الايضاح وشرح الطحاوي ولا فرق في عدم
القطع باللحم بين كونه مملوحا قديدا او غيره والفواكه الرطبة وعن ابي يوسف رح يقطع بها وبه قال الشافعي لما عنه عم من رواية ابي داود والنسائي
وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن عبد الله بن عمرو انه عم سئل عن الثمر المعلق فقال من اصاب بفيه من ذي حاجة
غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه ومن سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع اخرجه
ابو داود عن ابن عجلان وعن الوليد بن كثير وعن عبيد الله بن الاخنس وعن محمد بن اسحق اربعتهم عن عمرو بن شعيب به واخرجه
النسائي ايضا من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به وفي رواية ان رجلا من مزينة سأل رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن الحريسة التي تؤخذ من مراتعها فقال فيها ثمنها مرتين وضرب نكال وما اخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يؤخذ من ذلك
ثمن المجن قالوا يا رسول الله فالثمار وما اخذ منها في اكمامها فقال من اخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين
وضرب ونكال وما اخذ من اجرانه ففيه القطع رواه احمد والنسائي وفي لفظ ما ترى في الثمر المعلق فقال ليس في شيء من الثمر
المعلق قطع الا ما آواه الجرين فما اخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات
نكال ورواه الحاكم بهذا المتن وقال قال امامنا اسحق بن راهويه اذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كايوب عن نافع
عن ابن عمر ورواه ابن ابي شيبة ووقفه على عبد الله بن عمرو وقال ليس في شيء من الثمار قطع حتى يؤويه الجرين واخرجه عن ابن عمر مثله سواء
اجاب بانه اخرج على وفق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع لكن ما في المغرب من قوله الجرين المربد
وهو الموضع يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضي ان يكون فيه الرطب في زمان وهو اول وضعه واليابس وهو الكائن في آخر حاله
فيه ثم ليس في هذه الاحاديث لفظ الجران وكانه وقع في بعض الالفاظ الجران فذكره المص على الشك وجران البعير مقدم عنقه من
مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز ان يسمى به ههنا الجرين المتخذ منه فكانه قال حتى يؤويه المربد او الجران ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين
اي المربد حتى يجف اي حتى يتم ايواء الجرين اياه فانه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الجرين الا ان نفس الجرين ليس حرزا ليجب القطع بالاخذ منه اللهم الا ان
يكون له حارس مترصد والجواب انه معارض باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر وقوله لا قطع في الطعام اما الاول
فرواه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجه عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان
عن عمه واسع بن حبان ان غلاما سرق وديا من حائط فرفع الى مروان فامر بقطعه فقال رافع بن خديج قال النبي صلى الله
عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان في صحيحه مرتين في القسم الاول وفي القسم الثاني قال عبد الحق هكذا اسنده ابن عيينة ورواه غيره
ولم يذكروا فيه واسعا انتهى وكذا رواه مالك والحاصل انه تعارض الانقطاع والوصل اولى لما عرف انه زيادة من الراوي الثقة
وقد تلقت الامة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا في الرطب الموضوع في الجرين وفي مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع الحد درءا للحد لان
المتقدم متروك الظاهر فانه لا يغرم المسروق بمثلي قيمته وان نقل عن احمد فعلماء الامة على خلافه لانه لا يبلغ قوة ثبوت كتاب الله تعالى

ولا يقطع في الاشربة المطربة لان السارق يتاول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي رح يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف رح مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الآخذ يتاول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب

وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فلا نسخ عنده م ذلك ففيه دلالة النسخ او النسخ فينفرد هذا الحديث عن المعارض فبطل قول من قال بتقييد حديث الثمر والكثر بهذا التفصيل يعني تفصيل الحديث المذكور بين ان ياكله من اعلى النخل فلا شئ عليه او يخرجه ففيه ضعف قيمته وجلدات نكال او ياخذه من بيدره فيقطع والكثر الجمار وقيل هو الودي وهو صغار النخل وجزم في المغرب انه خطاء واما الحديث الثاني فاخرجه ابو داود في المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اني لا اقطع في الطعام وذكره عبد الحق ولم يعلمه بغير الارسال وانت تعلم انه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه ويجب اعتباره في غير محل الاجماع ولما كان الاجماع على انه يقطع في الحنطة والسكر لزم ان يحمل على ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا في الجرين وغيره هذا والقطع في الحنطة وغيرها اجماعا انما هو في غير سنة القحط اما فيها فلا سواء كان مما يتسارع اليه الفساد او لا لانه عن ضرورة ظاهرا وهي تبيح التناول وعنه عم لا قطع في مجاعة مضطر وعن عمر رض لا قطع في عام سنة

قوله ولا قطع في الاشربة المطربة اي المسكرة والطرب استخفاف العقل مما يوجب الطرب بشدة فرح او جزع فيستخف العقل فيصدر منه ما لا يليق كما تراه من صياح الثكليات وضرب خدودهن وشق جيوبهن فيما لا يجدي نفعا وليسلب عبر ميتهن ثم يوجب لغيرهن من التذ سرورا وشدة سرور فيوجب ما هو معهود من التمائل والمسئلة بلا خلاف اما عند الائمة الثلاثة فانها كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء في تقومها اختلاف فلم يكن في معنى ما ورد به النص من المال المتقوم فلا يلحق به في موضع وجوب الدرء بالشبهة ولان السارق يحمل حاله على انه يتاول فيها الاراقة فيثبت شبهة الاباحة بازالة المنكر وفي سرقة الاصل لا يقطع بالخل ونقل الناطفي من كتاب المجرد قال ابو حنيفة لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة وفي نوادر ابي سليمان برواية علي بن الجعد لا قطع في الرب والجلاب قوله ولا في الطنبور ونحوه من آلات الملاهي بلا خلاف ايضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها وعن ابي حنيفة رح ان ضمنها لغير اللهو الا انه يتاول اخذه للنهي عن المنكر والمعازف جمع المعزف وهي آلة اللهو قوله ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي ومالك وهو رواية عن احمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف فيما اذا بلغت حليته نصابا وفي رواية اخرى عنه يقطع مطلقا لانه مال محرز يباع ويشترى ولان ورقه مال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص وفي رواية اخرى عن احمد ان اخذه يتاول القراءة لازالة الاشكال لا يقطع ووجه الظاهر ان الآخذ يتاول في اخذه القراءة والنظر فيه ولان المالية للتبع وهي الحلية والاوراق لا للمتبوع وهو المكتوب واحرازه لاجله والآخذ ايضا يتاول اخذه لاجله لا للتبع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب لا يقطع وكمن سرق صبيا حرا وعليه حلي كثير لا يقطع لان المقصود ليس المال قال في المبسوط الا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مصرورة ولم يعلم بها لم يقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن ابي يوسف رح عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقته تمت في نصاب كامل ولكنا نقول السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم فاذا كان عالما بالدراهم فقصده اخذ الدراهم بخلاف ما اذا لم يعلمها فان قصده الثوب وهو لا يساوي نصابا وقد تقدم في مثله انه كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدراهم قطع والا فلا وهنا يرد بين العلم وعدمه فالحاصل انه يعتبر ظهور قصد السرقة فان كان انما قصد النصاب من المال قطع والا فلا وهذه المسئلة العلم بالمصرور وعدمه تصحيح الا ان كونه يعلم او لا يعلم وهو المدار في نفس الامر

ولا قطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز فصار كباب الدار بل أولى لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لأنه يتأول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لأنه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة إباحة الكسر وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي لأن الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولأنه يتأول في أخذ الصبي إسكاته أو حمله إلى مرضعته وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع إذا كان عليه حلي هو نصاب لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير لأنه غصب أو خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققها بحدها إلا إذا كان يعبر عن نفسه لأنه هو والبالغ سواء في اعتبار اليد وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع وإن كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لأنه آدمي من وجه مال من وجه ولهما أنه مال مطلق لكونه منتفعا به أو بصدد أن يصير منتفعا به إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية

لا يطلع عليه ولا تثبت إلا بالإقرار وما تقدم هو ما إذا لم يعلم بما في الثوب فإنه لا يقطع قد يقولون سعة الإناء القصد إليه وذلك بأن يكون كيسا فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم أقصد لم أعلم **قوله** ولا قطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز وقال الشافعي يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لأنه محرز بإحراز مثله وكذا يقطع عندهم في باب الدار فقياسه عليه من رد المختلف والوجه ما قلنا ولا شك في أنه إما ليس محرزا أو في حرزه شبهة إذ هو بالفناء والرائح ومعها ينبغي الحد على أن المصنف لم يذكر ذلك في مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل أثبته لنفسه على أصوله فإنه لم ينصب خلافا وإنما يعترض لو نصب الخلاف وأفاد المصنف في أثناء المسألة أنه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصيره وقناديله لعدم الحرز وكذا لا قطع في أستار الكعبة وهو قول مالك وأحمد والأصح من قول الشافعي لأنه لا مالك له وبهذا الوجه ينتفي القطع في باب المسجد **قوله** ولا في صليب من الذهب والفضة ولا الشطرنج ولو كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب ولا النرد لأنه يتأول من أخذها الكسر أي إباحة الأخذ للكسر نهيا عن المنكر فلا يجب إلا ضمان ما فيه من المالية والصليب ما هو هيئة خطين متعارضين ويقال لكل جسم صلب وعن أبي يوسف إن كان الصليب في مصلاهم أي معابدهم لا يقطع لعدم الحرز لأنه بيت مأذون في دخوله وإن كان في يد رجل في حرز لا شبهة فيه يقطع لأنه مال محرز على الكمال وجوابه ما ذكرنا من تأويل الإباحة وهو عام لا يختص بغير الحرز وهو المسقط **قوله** ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي يبلغ نصابا وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سيأتي والحلي بضم الحاء جمع حلي وهو ما يلبس من ذهب وفضة أو جوهر وقال أبو يوسف يقطع إذا بلغ ما عليه نصابا لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم فلو كان يمشي ويتكلم ويميز لا يقطع إجماعا لأنه في يد نفسه فكان أخذه خداعا ولا قطع في الخداع وحين لم يذكر الحاكم في الكافي الخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف يقطع قيل كان ينبغي للمصنف أن يقول وعن أبي يوسف والأوجه أنه مذهب المعول عليه عنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبي يقطع بسرقة غير المميز الحر لأنه كالمال ووجه الظاهر أن الصبي إذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالأخذ دون ما عليه وإلا لأخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال ولا قطع إلا في أخذ المال فلا يقطع وإن كان إثمه وعقابه أشد من سارق المال ففي الحديث القدسي عن رب العزة جل جلاله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه أجره لكن القطع الذي هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا وأما التأويل الذي ذكره من قصد تسكيته والإبلاغ إلى مرضعته فبعيد بعد فرض تحقق سرقته الظاهر منها خلافه وعلى هذا الخلاف إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد أو كلبا عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة ولأبي حنيفة ومحمد أن الإناء تابع وإذا لم يجب في المتبوع القطع لا يجب في التابع واعتقادي وجوب القطع في الإناء المعاين ذهبيته وإن كان فيه ما كان فإن تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالأخذ إليه بل الظاهر أن كلا منهما أصل مقصود بالأخذ بل القصد إليه أظهر منه إلى ما فيه لأنه يتوصل بماليته إلى أضعاف ما فيه والمانع من القطع إنما هو التبعية في قصد الأخذ لا باعتبار غيره ولا ظاهر يقيده ومما يوافق ما ذكرناه ما في التجنيس من علامة العيون سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع وكذا إذا سرق حمارا يساوي تسعة وعليه إكاف يساوي درهما بخلاف ما لو سرق قمقمة فيها ماء يساوي عشرة لأنه سرق من وجه وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا لا يساوي عشرة مصرورة عليه عشرة قال يقطع إذا علم أن عليه بالإجماع ما إذا لم يعلم **قوله** ولا قطع في سرقة العبد الكبير يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالإجماع إلا إذا كان نائما أو مجنونا أو أعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فحينئذ يقطع

ولا قطع في الدفاتر كلها لأن المقصود ما فيها وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الكواغد
قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لأن من جنسهما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب
فأورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لأنه لا قيمة لها عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله آخذها يتأول الكسر فيها ويقطع
في الساج والقنا والآبنوس والصندل لأنها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام قال
ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لأنها من أعز الأموال وأنفسها ولا توجد مباح الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها فصارت
كالذهب والفضة وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبواب قطع فيها لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير لأن الصنعة فيه لم تغلب على
الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الأصل وإنما يجب القطع في غير المركب إذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لأن الثقيل منه لا يرغب في سرقته

الاستثناء ابن قدامة ولم يذكر مشايخ الحنابلة الصغير حتى إنه لا قطع في الآدمي الذي يعقل سواء كان نائما أو مجنونا أو عجميا وقالوا هو ليس بسرقة إنما هو غصب
أو خداع ولا قطع في سرقة العبد الصغير الذي ليس بمميز ولا معبر عن نفسه بالإجماع لأنه مال متقوم هكذا حكى الإجماع ابن المنذر مع أن أبا يوسف
قال أستحسن أن لا أقطعه لأنه مال من وجه آدمي من وجه فصار كونه آدميا شبهة في ماليته فيندرئ الحد فالدفع بهذا لا بد أن يتسلط على هذه النكتة
فسوق الاستدلال لها كما قيل ولهما أن حقيقة السرقة وهو أخذ مال معتبر خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت
فيجب القطع غير داخل بالمقصود وقول المصنف ولهما أنه مال مطلق لأنه ينتفع به أن كان يمشي ويعقل والحرض أن يصير منتفعا به إن
كان بخلاف ذلك أحسن منه لتضمن لفظ مطلق منع أن في ماليته شبهة وانضمام معنى الآدمية إليه لا يوجبها بعد صدق
معنى المال الكامل عليه كيف وهو من أعز الأموال عند الناس وما فيه من المالية يصيره كمال فيما ليس بمال فسارقه كسارق
درة لفضة فيما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب هو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت
الشبهة في ماليته بما قلنا قوله ولا قطع في الدفاتر كلها لأن المقصود ما فيها وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب لأن ما فيها لا يقصد
بالأخذ لأنه لا يستفيد الآخذ به نفعا فكان المقصود الكواغد فيدخل في عموم ولا قطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة
كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر وقد اختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بالشرعية
لأن معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر والحاجة وإن قلت كفت في إيراث الشبهة ومقتضى هذا أن لا يختلف في القطع بكتب السحر
والفلسفة لأنه لا يقصد ما فيها لأهل الديانة فكانت سرقة صرفا ولأن عدم القطع بإلحاقها بالكتب الشرعية ليست إياها إذ لا
تتوقف معرفة الشرعية على ما فيها بخلاف كتب الأدب والشعر ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع وعند الأئمة الثلاثة
تقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها لأنها مال متقوم وأنت سمعت ما به الدفع قوله ولا في سرقة كلب ولا فهد بالإجماع خلافا لأشهب
وزفر بن القاسم فإنه قال عدم القطع في المنهي عن اتخاذه أما في المأذون في اتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الأصل
بجنسه الأصل هو غير مرغوب فيه ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة فيها قوله ولا قطع في دف ولا طبل ولا
بربط ولا مزمار وكذا جميع آلات اللهو لأن عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة يتأول في أخذها الكسر في والدف الضم والفتح واختلف
في طبل الغزاة فقيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لأنه يصلح للهو وإن كان وضعه لغيره وقيل يقطع لأنه مال متقوم ليس موضوعا للهو
فليس آلة لهو قوله ويقطع في الساج والقنا والآبنوس هو بفتح الباء فيما سمع والصندل والعود الرطب لأن هذه ليست مباحة في دار الإسلام
وهو المعتبر وأما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس شبهة في سقوط القطع لأن سائر الأموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب
ومع هذا يقطع فيها في دارنا وروى هشام عن محمد لا قطع في العاج ما لم يعمل وكذا نقل البقالي عن محمد في الآبنوس والظاهر القطع
كما ذكرنا ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فإنه ينفي مالية العاج فحلت الشبهة في المالية يقطع في الفصوص لنفاستها
والزبرجد لأنها من أعز الأموال ولا توجد مباحة الأصل في دار الإسلام فصارت كالذهب قوله وإذا اتخذ من الخشب أواني
وأبواب قطع فيها لأنه أي الخشب بالصنعة التحق بالأموال النفيسة ولذا تحرز بخلاف الحصر لأن الصنعة لم تغلب على الجنس لتنقطع ملاحظته

ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله وقد قال النبي عليه السلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

بها فلم يخرج بها من كونها تافها بين الناس حتى ان الحصير تبسط في غير الحرز وكذا القصب المصنوع بواري بخلاف الخشب لغلبة الصنعة فيه حتى لا يقطع فيها القصلت به منه حتى لو غلبت في الحصر ايضا قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والاسكندرية وهي العبادانية ويقطع عند الائمة الثلاثة بالحصر مطلقا ولو في عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى او بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا جعلت ذلك خرجت من ان تكون جلود السباع لانها اخذت اسما آخر انتهى وهذا ظاهر في ان غلبة الصنعة التي تقطع حكم الجنس بها ان يتجدد لها اسم وعلمت عدم القطع في الحصر التي ليست بنفيسة مع تجدد اسم اخر لها فليكن ذلك لنقصان احرازها حيث كان تبسط في غير الحرز لان شبهة التفاهة فيها كما قالوا انه لا يقطع في الملح لذلك ولا يقطع في الاجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها فظاهر الرواية في الزجاج انه لا يقطع لانه يتسرع اليه الكسر فكان ناقص المالية وعن ابي حنيفة يقطع كالخشب اذا صنع منه الاواني ثم انما يقطع في الباب المصنوع من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز اما المركب فلا يقطع به عند ما فضلا لكسرة لو بسط على الجدار الى السكة وغير المركب لا يقطع به اذا كان ثقيلا لا يحمله الواحد لانه لا يرغب فيه ونظر فيه بان ثقله لا ينافي ماليته ولا ينقصها فانما نقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا امتنع القطع في فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا اطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع وفي الشامل قسم المبسوط وقدمنا ان عند الائمة الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم ومحرز بحرز مثله فيه وحرز حائط الدار بكونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران وما كان حرزا لنفسه يكون حرزا لغيره وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله امكن اعتبار الحرز في كل شيء **قوله** ولا قطع على خائن ولا خائنة وهما اسم فاعل من الخيانة وهو ان يؤتمن على شيء بطريق العارية او الوديعة فياخذه ويدعي ضياعه او ينكر انه كان عنده وديعة او عارية وعلله لقصور الحرز لانه قد كان في يد الخائن وحرزه لا حرز المالك على الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرز المالك فانه احرزه بايداعه عنده لكنه حرز ماذون السارق في دخوله لا منتهب لانه مجاهر بفعله لا مختف فلا سرقة فلا قطع وكذا المختلس لانه المختطف للشيء من البيت ويذهب او من يد المالك وفي سنن الاربعة من حديث جابر عنه عليه السلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في احكامه وهو تصحيح منهما وتعليل ابي داود مرجوح بذلك وباقي الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة رض ومن العلماء من قد حكى الاجماع على هذه الجملة لكن مذهب اسحق بن راهويه ورواية عن احمد في جاحد العارية انه يقطع لما في الصحيحين من حديث عائشة ان امراة كانت تستعير المتاع وتجحده فامر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وجماهير العلماء لم ياخذوا بهذا الحديث واجابوا عن حديث عائشة رض بان القطع كان لسرقة صدرت منها بعد ان كانت ايضا معتادة مشهورة بجحد العارية فعرفتها عائشة رض بوصفها المشهور فالمعنى امراة كان وصفها جحد العارية سرقت فامر بقطعها بدليل ان في قصتها ان اسامة بن زيد تشفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه الصلوة والسلام خطيبا فقال انما هلك من كان قبلكم انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق منهم الضعيف قطعوه وهذا ابتناء على انها جادة واحدة لامراة واحدة لان الاصل عدم التعدد والجمع بين الحديثين خصوصا وقد تلقت الامة الحديث الاخر بالقبول والعمل به فلو فرض انها لم تسرق على ما اخرجه ابو داود عن الليث حدثني يونس عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة رض قالت استعارت امراة مني حليا على السنة اناس يعرفون لا تعرف هي فباعته فاخذت فاتي بها النبي صلى الله عليه وسلم فامر بقطع يدها وهي التي تشفع فيها اسامة بن زيد فقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر

ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمه الله عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا

مقدما ويحمل القطع بجحد العارية على النسخ ولذا احمل على انهما واقعتان وان عوم قطع امراة بجحد المتاع واخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا في سنن ابن ماجة ثنا ابو بكر بن ابي شيبة ثنا عبد الله بن نمير ثنا محمد بن اسحق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن امه عائشة بنت مسعود بن الاسود عن ابيها قال لما سرقت المراة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اعظمنا ذلك كانت امراة من قريش فجئنا النبي صلى الله عليه وسلم فكلمه وقلنا نحن نفديها باربعين اوقية فقال صلى الله عليه وسلم تطهر خير لها فاتينا اسامة بن زيد فقلنا له كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كلمه قال ما اكثاركم على حد من حدود الله والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها قال ابن سعد في الطبقات هذه المراة هي فاطمة بنت الاسود بن عبد الاسود وقيل هي ام عمرو بنت سفيان بن عبد الاسد اخت عبد الله بن سفيان قوله ولا قطع على نباش وهو الذي يسرق اكفان الموتى بعد الدفن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وباقي الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة رض ومن العلماء ابو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز وقول ابي حنيفة قول ابن عباس والثوري والاوزاعي ومكحول والزهري ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعا فلا يقطع في الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب او مال ذهب وغيره لانه تضييع وسفه فليس محرزا وفي الوجيز في الزائد على العدد الشرعي وجهان ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم في القطع وان كفنه اجنبي فهو الخصم لانه لهم قوله عم من نبش قطعناه وهو حديث منكر وانما اخرجه البيهقي وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن ابيه عن جده وفي سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره ومثله الحديث الذي ذكره المص لا قطع على المختفي قال وهو النباش بلغة اهل المدينة اي بعرفهم واما الاثار فقال ابن المنذر روي عن ابن الزبير انه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخاري في تاريخه ثم اعله بسهيل بن ذكوان المكي قال عطا كنا نتهمه بالكذب ومثاله اي في الضعف اثر عن ابن عباس رواه ابن ابي شيبة وفيه مجهول قال ثنا شيخ لقيته بمنى عن روح بن القاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش قطع واما ما رواه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي اخبرني عبد الله بن ابي بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة انه وجد قوما يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب رض فكتب فيهم الى عمر رض فكتب عمر رض ان اقطع ايديهم فاحسن منه بلا شك ما رواه ابن ابي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهري قال اتي مروان بقوم يختفون اي ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون انتهى واخرجه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر به وزاد وطوف بهم وكذا احسن منه بلا شك ما روى ابن ابي شيبة ثنا حفص عن اشعث عن الزهري قال اخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسال من بحضرته من الصحابة والفقهاء فاجمع رايهم على ان يضرب ويطاف به انتهى فلا شك في ترجيح مذهبنا من جهة الاثار واما من جهة المعنى فلهم ما ذكره المص بقوله ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما المالية فظاهر واما الحرز فلان القبر حرز للميت وثيابه تبع له فيكون حرزا لها ايضا وقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم القبر بيتا في حديث ابي ذر حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف انت اذا اصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف يعني القبر قلت الله ورسوله اعلم وما خار الله لي ورسوله قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر وقد بوب ابو داود عليه فقال باب قطع النباش قال ابن المنذر واستدل به ابو داود ولانه سمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولانه حرز مثله لان حرز كل شيء ما يليق به فحرز الدواب بالاصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة فلو سرق شيئا من شيء منها قطع ولو سرق الدرة من اصطبل او من

ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر
دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة
وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء
منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له ان ياخذ عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه
قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في
موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد

خطيرة لا تقطع او لا ترى ان الوصي اذا كفن صبيا من مال الصبي لورثته شيئا فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا للضمان فكان اخذ الكفن
من القبر عين السرقة والجواب اولا منع الحرز لانه حفرة في الصحراء ماذون العموم في المرور به ليلا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس متقلد
لحفظه فلم يبق الا مجرد دعوى انه حرز وتسميته ادعائية بلا معنى وهو ممنوع ولزوم التضييع لو لم يكن حرزا ممنوع بل لو لم يكن مصروفا الى حاجة
الميت والصرف الى الحاجة ليس تضييعا فلذا لا يضمن ولو سلم فلا ينزل من ان يكون في حرزيته شبهة وبه ينتفي القطع ويبقى ثبوت الشبهة
في كونه مملوكا وثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المص زيادة فكل منهما يوجب الدرء اما الاول فلان الكفن غير
مملوك لاحد لا للميت لانه ليس اهلا للملك ولا للوارث لانه لا يملك من التركة الا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا لا يقطع بسرقة التركة المستغرقة
لانها ملك للغريم حتى كان له ان ياخذها بحقه فان صح ما قلنا من انه لا ملك فيه لاحد لم يقطع والا فتحققت شبهة في مملوكيته فتقول فلا يقطع به الصائل
يقول تحقق قصور في نفس مالية الكفن وذلك لان المال ما تجري فيه الرغبة والضنة والكفن تنفر عنه كل من علم انه كفن به ميت الا نادرا
من الناس واما الثاني فلان شرع الحد للانزجار والحاجة فيه لما يكثر وجوده فاما ما يندر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لان الانزجار
حاصل طبعا كما قلنا في عدم الحد بوطء البهيمة واما الاستدلال بتسميته بيتا فانما يعد لان اطلاقه اما مجازا فان البيت ما يحوطه اربع حوائط لو صح
للميت وليس القبر كذلك على ان حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز اصلا كالمسجد ومع الحرز مع النقصان وهو
الكثير ومع الحرز التام فمجرد تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا في مقام وجوب درء ما امكن بل يجب حمله على بعض المال صدقات
التي لا حد معها والله سبحانه اعلم وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا اما لو كان القبر في بيت مقفل فقيل يقطع
به لوجود الحرز والصحيح انه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد الحرز للموانع الاخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعه
وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا من تحقق الخلل في المالية وما بعدها هذا ولو اعتاد نبش ذلك الامام ان
يقطعه سياسة لا حدا وهو محمل ما روا ه لو صح قوله ولا يقطع السارق من بيت المال وبه قال الشافعي واحمد والنخعي والشعبي وقال مالك
يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ولانه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة ولنا انه مال العامة وهو منهم وعن عمر وعلي مثله
وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال ارسله فما من احد الا وله في هذا المال حق ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة
بان سرق احد الشريكين من حرز الاخر مالا مشتركا بينهما لما قلنا من ان للسارق فيه حقا قوله ومن له على اخر دراهم فسرق مثلها
لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة والقياس ان يقطع لانه لا يباح له
اخذ قبل الاجل ووجه الاستحسان ان ثبوت الحق وان تاخرت المطالبة تصير شبهة دارئة وان كان لا يلزمه الاعطاء الآن وكذا
لو سرق اكثر من حقه لا يقطع لان بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال بمقدار حقه ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا
او غير مماطل خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع ولو اخذ من غير جنس حقه وان كان حقه دراهم او دنانير
فاخذ عروضا قطع لانه ليس له اخذها الا ان يقول اخذتها رهنا بديني فلا يقطع وعن ابي يوسف لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء
نقل عن ابن ابي ليلى قضاء لحقه او رهنا به قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك وان كان دراهم

ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول **قال** فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا

فاخذه دنانير او على القلب اختلف فيه قيل يقطع لانها لا تصير قصاصا بجنسه وانما يقع بيعا فلا يصح الا بالتراضي فليس له اخذها وقيل لا يقطع للمجانسة بينهما من حيث الثمنية وليقطع لو سرق حليا من فضة وذهبه دراهم ولو سرق المكاتب او العبد من غريم المولى قطع الا ان يكون المولى وكلهما بالقبض لان حق الاخذ لهما ولو سرق من غريم ابيه او غريم ولده الكبير او غريم مكاتبه او غريم عبده الماذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع **قوله** ومن سرق عينا فقطع فيها فردها بان كانت قائمة ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي ومالك واحمد لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه فيما روى الدارقطني من حديث ابي هريرة بطريق فيه الواقدي عنه اذا سرق السارق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله اليسرى الحديث ولان السرقة الثانية مثل الاولى في سببية القطع بل افحش لان العود بعد الزاجر اقبح وصار كما اذا باعه المالك من السارق وخص ابا يوسف ان المسروق عاد تقومه بالرد الى المالك ولهذا الضمن السارق لو اتلفه بعد الرد فتمت سببيته للقطع كما لو سرقه غيره او سرقه هو من غيره وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة فانه يقطع اتفاقا ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة انها ساقطة نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب للسقوط وهو القطع فان كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذي تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفاء السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف ما لو سرقه غيره لان السقوط ليس الا بالنسبة الى المقطوع يده لا سواه فيقطع وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق اياه من غيره لان فيها تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه السلام هو عليها صدقة ولنا منها هدية مع ان عين اللحم مع ان مشايخ العراق على انه لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء فلنا ان نمنعه فلا يتم القياس عليه وعند مشايخ بخارا القطع لتبدل العين حكما وجوابه ما قلنا وايضا فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر وتقدم انما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فانها تحتاج تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية اذ هي قليلة بالغرض فلم يقطع في محل الحاجة وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بان قال انا باق على نسبتي اليه الزنا الذي نسبته اليه لا يحد ثانيا فكذا هذا انا لو قذفه بزنا آخر حد به اورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمراة التي زنى بها اولا بعد ان جلد الحد بزناه الاول بها فانه يحد ثانيا اجماعا فلم يكن تقدم الزاجر موجبا لعدم شرعيته ثانيا ووقوعه في غير محل الحاجة اليه لو شرع واجيب بالفرق بان حرمة المحل في الزنا لا يسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح تم به وجه اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه اعني كون اقامة الحد اولا توجب ندرة العود فيوجب عدم شرع الزاجر في العود وكذا الفرق بان القطع حق لا يستوفي الا بخصومة المالك والخصومة لا تتكرر في محل بعد استيفاء موجب ما هي فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله **قوله** فان تغير عن حاله مثل ان يكون المسروق الذي قطع به غزلا ثم نسج بعد رده فسرقه ثانيا قطع وكذا لو كان قطنا فصار غزلا لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب ويجب عليه ضمان قيمته مع قيام صورته

فصل في الحرز والاخذ منه ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديق لانه قد عادا بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رح لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه

الثوب واذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشية من اتحاد المحل والقطع فيه وهو بالجر عطف على لفظ الاتحاد لا على لفظ المحل اي وانتفت الشبهة الناشية من القطع لا من اتحاد القطع وهي شبهة سقوط قيام العصمة لانها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير يوجب اشياء اخر فان قيل العين قائمة حقيقة وانما تبدل الاسم والصورة اجيب بان التمكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان الحكم لشبهة الشبهة فلا تعتبر وفي شرح الطحاوي واذا سرق ذهبا او فضة وقطع به ورده فجعله المسروق منه انية او كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند ابي حنيفة لان العين لم تتغير عنده وقالا يقطع لانها تغيرت وفي كفاية البيهقي سرق ثوبا فخاطه ثم نقضه فسرق المنقوض لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك ولو فعله الغاصب فلم يصر في حكم عين اخرى ❊

فصل في الحرز والاخذ منه قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لانه كلام في ذاته ثم ثنى بحرزه لانه خارج عنه ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة اهل العلم وعن عائشة والحسن والنخعي ان من جمع المال في الحرز قطع وان لم يخرج به وعن الحسن مثل قول الجماعة وعن داؤد لا يعتبر الحرز اصلا وهذه الاقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه ولا مقال لاهل العلم الا ما ذكرنا فهو كالاجماع قاله ابن المنذر وقد ثبت ان لا قطع في اقل من ثمن المجن ولا قطع في حريسة الجبل فتخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الامور الاجماعية واما باخبار الآحاد وسياتي ما هو ابلغ من ذلك ثم الحرز ما عد حرزا للاشياء لان اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه فيعلم به انه رد الى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك وهو في اللغة الموضع الذي يحرز فيه الشيء وكذا هو في الشرع الا انه يقيد المالية اي المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه والحرز بالحافظ ما لا يعد صاحبه مضيعا **قوله** ومن سرق من ابويه وان عليا او ولده وان سفل او ذي رحم محرم منه كالاخ والاخت والعم والخال والخالة والعمة لا يقطع وقال مالك وشذ ويقطع بالسرقة من الابوين لانه لا حق له في مالهما وكذا يحد بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما وبه بطل قوله في الكافي اما في الولاد فلا اختلاف فيه وقال ابو ثور وابن المنذر يقطع الاب ايضا في سرقة مال ابنه لظاهر الآية وقال الشافعي يقطع في السرقة من غير الولاد اما وجه الاول اي عدم القطع في قرابة الولاد فلانها عادة تكون معها البسوطة في المال والاذن في الدخول في الحرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولهذا امتنعت شهادته له شرعا وتخص سرقة الاب من مال الابن قوله عم انت ومالك لابيك او الاخ وهو الذي اراد المص بقوله والثاني للمعنى الثاني اي الاذن في الدخول في الحرز فالحقهم الشافعي بالقرابة البعيدة قال المص وقد بيناه في العتاق اي مسئلة من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ونحن الحقناه بقرابة الولاد وقد رايناه الشرع الحقهم بهم في اثبات الحرمة وافتراض الوصل فكذا الحقناهم بهم في عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة ولان الاذن بين هؤلاء ثابت عادة للزيارة وصلة الرحم ولهذا احل النظر منها الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد للدملج والعنق للقلادة وعد الساق للخلخال وما ذاك الا لان الحرج لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهي مزاولة الاعمال مع عدم احتشام احدهما من الآخر وايضا فهذه الرحم المحرمة تفترض وصلها ويحرم قطعها وبالقطع يحصل القطع فوجب صونها بدرء ذكره في الكافي وسياتي ما فيه ومما يدل على نقصان الحرز فيها قوله تعالى ولا على انفسكم ان تاكلوا من بيوتكم او بيوت آبائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم فدفع الجناح عن الاكل من بيوت الاعمام والعمات مطلقا ولم

وان سرق من امه من الرضاعة قطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر والعبد من سيده او من امرأة سيده او من زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك الجواب عندنا خلافا للشافعي رحمه الله للبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا

اطلاق الدخول ولو سلم فاطلاق الاكل مطلقا يمنع قطع الغريب ثم هو ان ترك لقيام دليل المنع تبقيت شبهة الاباحة على وزان ما قلنا في انت ومالك لابيك فان قلت فقد قال او صديقكم كما قال او بيوت اخوالكم والحال انه يقطع بالسرقة من صديقه اجيب بانه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الاخذ الا في حال العداوة ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبار للحرز وعدمه فسرقة مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذي الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع وهذا الكلام على الوجه الذي قدمناه من ان في القطع القطعية فيه نظر وهو الموعود ولذا والله اعلم لم يعرج المصنف عليه **قوله** ومن سرق من امه من الرضاعة قطع وهو قول اكثر العلماء وعن ابي يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا وكذا الاب من الرضاعة وجه الظاهر انه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبتت المحرمية بالزنا بان زنى بامراة تحرم عليه امها وبنتها يقطع بالسرقة منهما واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة فان فيها محرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيهما فالالحاق بها في اثبات القطع اولى منه بالالحاق بالمحرمية الثابتة بالوطي ثم تعرض المصنف لابطال الوجه المذكور لابي يوسف صريحا وهو قوله لانه يدخل عليها الخ بقوله وهذا لان الرضاع قل ما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب فانه يشتهر فلا احتشام ولا تهمة وهذا يتضمن منع قوله انه يدخل عليها من غير استيذان الخ فقال لا نسلم ذلك الا لو لم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل بلا استيذان بخلاف النسب فانه يشتهر فلا ينكر دخوله فلذا قطع في سرقة مال امه من الرضاعة ولم يقطع في سرقة مال امه من النسب **قوله** واذا سرق احد الزوجين من مال الآخر او العبد من سيده او امراة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن في الدخول عادة فاختل الحرز وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي في احد قوليه وبه قال مالك واحمد وفي قول آخر كقولنا وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لانه للمراة حقا في ماله النفقة وجه قولنا انه بينهما البسوطة في الاموال عادة ودلالة فانها لما بذلت نفسها وهي انفس من المال كانت بالمال اسمح ولان بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين وفي موطا مالك عن عمر انه اتي بغلام سرق مراة لامراة سيده فقال ليس عليه شيء خادمكم سرق متاعكم فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج اولى قال المصنف نظير الاختلاف في الشهادة يعني عندنا لا يقطع احدهما بمال الآخر كما ان شهادته لا تقبل لاتصال المنافع وعنده يقطع كما تقبل في احد قوليه فان قلت احد الزوجين ربما لا ينبسط الآخر في ماله بل يحبسه منه ويحرزه قلنا وكذلك الاب والابن قد يمنع كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقا وفي شرح الطحاوي لو سرق من بيت الاصهار والاختان قال ابو حنيفة لا يقطع وقالا يقطع ولو سرق من بيت زوجة ابنه او ابيه او زوج ابنته او زوج امه ان كان يجمعهما منزل واحد لم يجب القطع بالاتفاق وان كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور ولو سرق احد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما ولو سرق من اجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه سواء كان التزوج بعد ان قضى بالقطع او لم يقض في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال اذا قضي عليه بالقطع يقطع ولو سرق من امراة المبتوتة او المختلعة في العدة لا قطع وكذا اذا سرقت هي من الزوج في العدة وان كانت منقضية العدة يجب القطع **قوله** ولو سرق

قال والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ قال العبد الضعيف الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ وهو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى

المولى من مكاتبه لا قطع بلا خلاف لان للمولى حقا في اكسابه ولان ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لانه ان عجز كان للمولى او عتق كان له ولا يقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره كما اذا سرق احد المتبايعين ما شرط فيه الخيار وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبده او من زوجة سيده وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك وابو ثور وابن المنذر يقطع لسرقة مال من عدا سيده كزوجة سيده لعموم الآية وتقدم اثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده وكان ثمن المرآة ستين درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فحل محل الاجماع فتخص به الآية والحكم في المدبر كذلك وكذلك السارق من المغنم لا يقطع لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رضي الله عنه زجرا وتعليلا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الثوري عن سماك بن حرب عن ابن عبيد بن الابرص وهو يزيد بن دثار قال اتي علي برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ورواه الدارقطني قيل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه حدثنا جبارة بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس رضي الله عنه ان عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه قال مال الله سرق بعضه بعضا ولا يخفى ان هذا ليس مما نحن فيه الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا وكلامنا فيما سرقه بعض مستحقي الغنيمة واسناده ضعيف

قوله قال اي المصنف الحرز لا بد منه لوجوب القطع لان الاستسرار لا يتحقق دونه لانه اذا لم يكن حافظ من جدار ونحوه او انسان متصد للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق اختفاء الاخذ والدخول فلا تتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا بنفسه يوجب الحرز اذ لا تتصور السرقة دون الاختفاء ولا يتحقق الاختفاء دون الحافظ فيختفي الآخذ منه او البناء فيختفي دخول بيت غيره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فاذا آواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ونحوه وارد على وفق الكتاب لا مبين مخصص ثم هو على نوعين حرز بالمكان كالدور والبيوت والجدران والحوانيت للتجار وليست هي التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما اعد لحفظ الامتعة فقد يكون بالحافظ وهو بدل عن الاماكن المبنية على ما ذكر في المحيط وذلك كمن جلس في الطريق او في الصحراء او في المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد على ما رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطا واحمد في مسنده من غير وجه والحاكم وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي انه حديث صحيح وله طرق كثيرة والفاظ مختلفة وان كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف ولكن تعددت طرقه واتسع مخرجه اتساعا يوجب الحكم بصحته بلا شبهة وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن ابيه انه طاف بالبيت فصلى ثم لف رداءه من برد فوضعه تحت راسه فنام فاتاه لص فاستله من تحت راسه فاخذه فاتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان هذا سرق ردائي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اسرقت رداء هذا قال نعم قال اذهبا به فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت اريد ان تقطع يده في ردائي فقال فلولا كان قبل ان تاتيني به زاد النسائي فقطعه وفي المستدرك سماه خميصة ثمن ثلاثين درهما قوله وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح احتراز عما في العيون على قول ابي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الاذن اي وقت دخولها اذا كان ثمة حافظ وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع وبه اخذ ابو الليث والصدر الشهيد وفي الكافي وعليه الفتوى

قال ومن سرق شيئاً من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالاً محرزاً باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله فيه لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلاً لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بنى لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزاً بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بنى للاحراز فكان المكان حرزاً فلا يعتبر الاحراز بالحافظ

وهو ظاهر المذهب وجه الصحيح انه محرز بدون الحافظ لان المكان في نفسه صالح للاحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه الى ما فيه ومنزله المال مع ذلك مختفيا وليس هذا مع الحافظ فهو فرع ولا اعتبار للفرع مع وجود الاصل فلا يعتبر وجوده معه فلذا كان الاصح انه اذا دخل الحمام في وقت الاذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع لان الحمام في نفسه صالح لصيانة الاموال الا انه اختل الحرز للاذن في دخولها ولذا يقطع اذا سرق منها ليلاً بخلاف المسجد لانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق بمال عنده من يحفظه فيه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائماً في المسجد ولكون المكان هو الحرز الذي يقتصر النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وان لم يكن له باب او له باب ولكنه مفتوح لان البناء للاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يد المالك قبل الاخراج من داره فلا يتحقق الاخذ الا بازالة يده وذلك بالاخراج من حرزه بخلاف المحرز بالحافظ فانه يقطع كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة فيجب موجبها ولا فرق في وجوب القطع بين كون الحافظ في الطريق او الصحراء والمسجد مستيقظا او نائماً والمتاع تحته او تحت رأسه او عنده وهو بحيث يراه لانه يعد النائم عند متاعه وبحضرته كيف ما نام مضطجعا او لا حافظا له في العادة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم باشتراط المتاع تحت رأسه او تحت جنبه وجه الصحيح ما ذكرنا ولهذا لا يضمن المودع والمستعير اذا حفظا الوديعة والعارية كذلك فسرقت ولو لم يكن ذلك حفظا لضمنوا بخلاف ما اختاره في الفتاوى فانه اوجب فيها الضمان على المودع والمستعير اذا نام مضطجعا ثم ما كان حرز النوع يكون حرزاً لجميع الانواع هو الصحيح كما ذكره الكرخي لو سرق لؤلؤة من اصطبل او حظيرة غنم تقطع بخلاف ما اذا سرق الغنم من المرعى فقد اطلق محمد رح عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر وهو مقيد بما اذا لم يكن معها من يحفظها فان كان قطع اذا لم يكن راعيا فان كان الذي يحفظها الراعي ففي البقالي لا يقطع وهكذا في المنتقى عن ابي حنيفة واطلق خواهرزاده ثبوت القطع اذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بان الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره ونقل الاسبيجابي عن بعض اصحابنا كل شيء يعتبر بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الاماكن المذكورة والثياب النفيسة منها وهذا قول الشافعي **قوله** ومن سرق شيئاً من حرز او غير حرز كالصحراء وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالاً محرزاً باحد الحرزين وهذا العموم يتناول ما اذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه وتقدم ان الصحيح انه لا يقطع به اذا كان وقت الاذن لان قوله وصاحبه عنده يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فانه حرز على ان قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله تقييد له فانه بعمومه يقتضي ان لا يقطع وان كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا التفريع على ما مر من الاصل المذكور **قوله** ويدخل في ذلك اي يدخل في بيت اذن في دخوله الخانات والحوانيت فيثبت فيهما حكم عدم القطع نهاراً فان التاجر يفتح حانوته نهاراً في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشتروا منه فاذا سرق واحد منه شيئاً لا يقطع وكذا الخانات الا اذا سرق منها ليلاً لانها بنيت لاحراز الاموال فانما اختل الحرز بالنهار للاذن وهو منتف بالليل ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بنى لاحراز الاموال فلم يكن محرزاً بالمكان ليقطع اعتبار الحافظ ثم تخيل حرزيته بالاذن كالحمام فكان لحافظ معتبر احرزا فيقطع بالاخذ وعلى هذا ما في الخلاصة جماعة نزلوا بيتا او خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه او تحت

ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم يتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف رحمه الله ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسئلة تاتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او الفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فاذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع لا سارق قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيرها مضاف اليه لسوقه

راسه لا يقطع ولو كان في المسجد جماعة قطع **قوله** ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بالاذن صار بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له في دخولها وهو مقفل ومن صندوق مقفل ذكره القدوري في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا اخرج اللص من بعض بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار واذا كان واحدا فبالاذن في الدار اختل الحرز في البيوت وسياتي ما يفيد هذا

قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ وهتك الحرز فان كانت فيها مقاصير فاخرجها من مقصوره الى صحن الدار قطع هذا كلام محمد واول بما اذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه اهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء اهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وانما ينتفعون بها انتفاعهم بالسكة لانها على هذا التقدير يعد الاخراج اليها كالاخراج الى السكة بخلاف ما تقدم لان بيوت الدار كلها في يد واحد وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان وفي الفتاوى الصغرى القوم اذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليها باب يغلق فنقب رجل من اهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا ثم في الفصل الاول قال بعضهم لا ضمان عليه اذا اتلف المسروق في يده قبل الاخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح انه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي بخلاف القطع لان شرطه هتك الحرز ولم يوجد **قوله** وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع يريد دخل اهل مقصورة على غيره فاخذ بسرعة يقال اغار الفرس والثعلب في العدو اذا اسرع وقوله فسرق تفسير لقوله اغار **قوله** واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال فناوله آخر خارج البيت عند النقب او على الباب فلا قطع عليهما بلا تفصيل بين اخراج الداخل او ادخال الخارج يده ثم روى عن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده منها الى الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها فعليهما القطع وعلل للاطلاق الذي هو ظاهر المذهب بقوله لاعتراض يد معتبرة على المال المسروق قبل خروجه اي قبل خروج الداخل الوجه ان يقطع الداخل كما عن ابي يوسف لانه دخل الحرز واخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كامله لا اثر له في ثبوت الشبهة في السرقة واخراج المال وما قيل ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل بل تمت بالداخل وحده وانما تتم بهما اذا ادخل الخارج يده فاخذها وفيه قال ابو يوسف يقطعان وقول مالك ان كانا متعاونين قطعا هو محل قول ابي يوسف وقال ان انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما وهذا لا يتحقق في هذه الصورة الا اذا اتفق ان خارجا راى نقبا فادخل يده فوقعت على شيء ما جمعه الداخل فاخذه فظاهر انه لا يقطع واحد منهما قال والمسئلة بناء على مسئلة اخرى تاتي يعني مسئلة نقب البيت والقاه في الطريق ثم خرج واخذه ولم يذكر محمد ما اذا وضع المال عند النقب ثم خرج واخذه قيل يقطع والصحيح انه لا يقطع قيل ولو كان في الدار نهر جار فرمى المال في النهر ثم خرج فاخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرجه وقيل يقطع لانه اخرج ذكره التمرتاشي وقال في المبسوط فيما اذا اخرجه الماء بقوة جريه الاصح انه يلزمه القطع وقول الائمة الثلثة لان جري الماء به كان بسبب القائه فيه فيصير الاخراج مضافا اليه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا او جريه ضعيفا فاخرجه بتحريك الماء قطع بالاجماع وهذا يرد نقضا على مسئلة الذنب

واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال العبد الضعيف هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج وجد منه فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد

لانه يصدق عليه انه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل ان يخرج به ولو القاه الداخل في الطريق ثم خرج واخذه قطع به وبه قالت الائمة الثلاثة خلافا لزفر له ان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذه بان تركه او اخذه غيره وكذا الاخذ من السكة غير موجب للقطع فلا القطع بحال ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ان ادرك ولم تعترض على المال الذي اخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع للمال صاحب الدار عداوة ومضارة لا سارق واذا اخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الاخذ اليه والحاصل ان يد السارق ثبتت عليه وبالالقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى الا ترى ان من سقط منه مال في الطريق فاخذه انسان ليرده عليه ثم رده الى مكانه لم يضمن لانه في ذلك المكان في يد صاحبه حكما فرده اليه كرده الى صاحبه بخلاف ما لو اخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية وكذا اذا حمله على حمار فساقه فاخرجه لان سيره مضاف اليه بسوقه فيقطع وفي مبسوط ابي اليسر وكذا اذا علقه في عنق كلب وزجره ليقطع ولو خرج بلا زجر لا يقطع لان للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا ينقطع نسبة الفعل اليها وكذا اذا علقه على طائر فطار به الى منزل السارق او لم يسق الحمار فخرج بنفسه الى منزل السارق لا يقطع **قوله** واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر والائمة الثلاثة لان فعل السرقة لا يتم الا بالاخراج بعد الاخذ والاخذ ان لم يسبب الكل فالاخراج انما وجد منه فانما تمت السرقة منه قلنا نعم هذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم لان الاخراج وان قام به وحده لكنه في المعنى من الكل لتعاونهم كما في السرقة الكبرى واذا باشر بعضهم القتل والاخذ فالباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل الى الكل شرعا بالسببية معاونتهم وان قدرة القاتل والآخذ انما هي بهم فكذا هذا فان السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع فكان مثله وبهذا القدر تم الوجه وقوله بعد ذلك فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ان منع لم يضر وانما وضعه في دخول الكل لانه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع الا الداخل ان عرف بعينه وان لم يعرف عزروا كلهم وابد حبسهم الى ان تظهر توبتهم **قوله** ومن نقب البيت وادخل يده فاخذ شيئا لم يقطع وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم يذكر الحاكم خلافا وروي عن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع وهو قول الائمة الثلاثة لان اخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم يقصد لنفسه الا لو كان هو المقصود من الدخول فقد وجد فاعتباره شرطا في القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا اثر لها غير ناجح وصار كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي او في الجوالق والغطريفي درهم منسوب الى الغطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد وكانت دراهم من اعز النقود ببخارا قاله المغرب ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال وقد عرفت ان هذا في حيز المنع منهم فاثبته بقوله تحرزا عن شبهة العدم اي شبهة عدم السرقة وهي مسقطة فان الناقص يشبه العدم وقد يمنع نقصان هذه السرقة لانها اخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرطا لوجودها اذ قد تحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد تحقق معه وفي كلا الصورتين معنى السرقة تام لا نقص فيه وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لانه قلما يقدر على اخراج شيء ما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد اليه وقلما يدخل الانسان يده من كوة بيت فيقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق بان الدخول في الصندوق غير ممكن فسقط

وان طرّ صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده فى الكم يقطع لان فى الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك
الحرز وفى الثانى الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ فى الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة
وعن ابى يوسف انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق
وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فيتمكن فيه شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال
من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل واخذ منه قطع لان الجوالق فى مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان سرق
جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق فى موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر
الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقربه منه على ما اخترناه من قبل ذكره فى بعض النسخ وقيل ما نام عليه ... ومن ادخل يده فى ...

الخيارة بخلاف البيت وبخلاف ما تقدم من حمل اللص المتاع فانه هو المعتاد. **قوله** ومن طر اى شق صرة والصرة الهميان او الخر
من الصرة ههنا الموضع المشدود فيه دراهم من الكم لم يقطع وان ادخل يده فى الكم قطع لان فى الوجه الاول الرباط من
خارج فبالطر تحقق الاخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز وفى الثانى الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر الحل
الرباط ثم الاخذ فى الوجهين ينعكس الجواب فاذا كان الرباط من خارج يقطع لانه اخذ الدراهم من باطن الكم وان كان الرباط من
داخل الكم لا يقطع لانه يأخذها من خارج الكم فظهر ان انعكاس الجواب لانعكاس العلة وعن ابى يوسف انه اى الطرار يقطع على كل وهو قول الائمة
الثلاثة لان فى صورة اخذه من خارج الكم ان لم يكن محرزا بالكم فهو محرز بصاحبه اذا كان محرزا بصاحبه وهو نائم اى حيث فلا يكون محرزا به وهو
يقظان والمال بلاصق بدنه اولى قلنا بل الجواب ان الحرز هنا ليس الا الكم لان صاحب المال يعتمد الكم او الجيب لا قيام نفسه فصار الكم
كالصندوق وهذا لان المار وركبه اما فى حال المشى او فى غيره فمقصوده فى الاول ليس الا قطع المسافة لا حفظ المال وان كان
الثانى فمقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو يشغل قلبه بمراقبته فانه متعاقب للنفس فيستريح نفسه من ذلك فانما اعتمد الرباط والمقصود
هو المعتبر فى هذا الباب الا ترى ان من شق جوالقا على جمل يسير فاخذ ما فيه قطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق
منه كالحرز فيقطع ولو اخذ الجوالق بما فيه لا يقطع وكذا لو سرق من الفسطاط قطع ولو سرق نفس الفسطاط لا يقطع لانه ليس محرزا بل ما
فيه محرز به فكذا قطع فيما فيه دونه بخلاف لو كان الفسطاط ملفوفا عنده يحفظه او فى فسطاط آخر فانه يقطع به ولو سرق الغنم من المرعى لا يقطع
وان كان الراعى معها لان الراعى لا يقصد الحفظ بل مجرد الرعى بخلاف ما لو كانت فى حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق
فاخرجها منه قطع لانها بيت لحفظها وعند الائمة الثلاثة اذا كان الراعى بحيث يراها يقطع لانها محرزة به وان كانت غائبة عن نظره او هو نائم
او مشغول فليست محرزة وكذا اذا اخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقطورة يقطع وبما ذكر من التفصيل فى الطر ظهر ان ما يليق فى
الاصول من ان الطرار يقطع انما يأتى على قول ابى يوسف. **قوله** وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فتتمكن
فيه شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال
من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل واخذ منه قطع لان الجوالق فى مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم
فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وعند الائمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع فى اخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم
الاخذ واما القائد فحافظ للجمل الذى زمامه بيده فقط عندنا وعندهم اذا كان بحيث يراها اذا التفت اليها حافظ للكل فالكل
محرزة عندهم بقوده وفرض ان قصده قطع المسافة ونقل الامتعة لا ينافى ان يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك
فوجب اعتباره والعمل به وكونه لم يوجب القطع فى حرابة الجمل يحمل على ترك الراعى اياها فى المرعى وغيبتها عن عينه او
نومه والقطار بكسر القاف الابل تشد زمام بعضها خلف بعض على نسق ومنه جاء القوم متقاطرين اذا جاء بعضهم اثر بعض. **قوله** وان
سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق فى موضع ليس بحرز كالطريق والمفازة والمسجد و
نحوه حتى يكون محرزا بالصاحب لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا

فصل في كيفية القطع واثباته قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعنى الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشائخ رح وقال الشافعي رح في الثالث يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد

النوم لتقرب منه على ما اخترناه من قبل يعني عند الصحيح وقوله لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وذكر في بعض نسخ الجامع وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار وهو انه لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه عنده او تحته

فصل في كيفية القطع واثباته ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه فالقطع لما تلونا من قبل وهو قوله تعـ فاقطعوا ايديهما والمعنى يديهما وحكم اللغة انما اضيف من الخلق الى اثنين لكل واحد واحدان يجمع مثل قوله تعـ فقد صغت قلوبكما وقد ثني وقال ظهراهما مثل ظهور الترسين والافصح الجمع واما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد اطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح انه لا اجمال في فاقطعوا ايديهما وقد قطع عم اليمين وكذا الصحابة فلو لم يكن التقييد مرادا لم يفعله وكان يقطع اليسار وذلك لان اليمين انفع من اليسار ولانه يتمكن بها من الاعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار فلو كان الاطلاق مرادا والامتثال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادته من طلب الايسر لهم ما امكن واما كونه من الزند وهو من مفصل الرسغ ويقال الكوع فلانه المتوارث ومثله لا يطلب فيه سند بخصوصه كالمتواتر لا يبالي فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم او ضعفهم وروي فيه خصوص متون منها ما رواه الدارقطني في حديث رداء صفوان قال فيه ثم امر بقطعه من المفصل وضعف بالعرزمي وابن عدي في الكامل عن عبد الله بن عمر رضه قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل وفيه عبد الرحمن بن سلمة قال ابن القطان لا اعرف له حالا واخرج ابن ابي شيبة عن رجاء بن حيوة ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل وانما فيه الارسال واخرج عن عمر وعلي رض انهما قطعا من المفصل وانعقد عليه الاجماع فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الاصابع لان بها البطش وعن الخوارج القطع من المنكب لان اليد اسم لذلك الله اعلم بصحته وبتقدير ثبوته هو خرق للاجماع وهم لم يقدحوا في الاجماع قبل الفتنة ولان اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما الى الرسغ اطلاقا اشهر منه الى المنكب بل صار تبادره من اطلاق اليد فكان اولى باعتباره فلان سلم اشتراك الاسم جاز كون ما الى المنكب هو المراد وما الى الرسغ فتعين ما الى الرسغ درءا للزائد عند احتمال عدمه واما الحسم فقد روى الحاكم من حديث ابي هريرة ان عم اتي بسارق سرق شملة فقال عم ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله قال تبت الى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه ابو داود في المراسيل وكذا رواه القاسم بن سلام في غريب الحديث واخرج الدارقطني عن حجية عن علي انه قطع ايديهم من المفصل ثم حسمهم فكاني انظر اليهم والى ايديهم كانها ايور الحمر والحسم الكي لينقطع الدم وفي المغرب والمعنى لابن قدامة هو ان يغمس في الدهن الذي غلي وثمن الزيت وكلفة الحسم في بيت المال عندهم لانه امر القاطع به وبه قال الشافعي في وجه وعندنا هو على السارق وقول المصـ لانه لو لم يحسم يؤدي الى التلف يقتضي وجوبه والمنقول عن الشافعي واحمد انه مستحب فان لم يفعل لا اثم ويسن تعليق يده في عنقه لانه عم امر به ورواه ابو داود وابن ماجه وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عنده عم في كل من قطعه ليكون سنة قوله فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى بالاجماع فقد روي فيه حديث قدمناه ثم يقطع من الكعب عند اكثر اهل العلم

ولنا قول علي رضي الله عنه فيه اني لاستحيي من الله تعالى ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها

وفعل عمر رضي الله عنه ذلك وقال ابو ثور والروافض يقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشي عليها قال مالك من سرق ثالثا لا يقطع بل يعزر ويخلد في السجن حتى يتوب او يموت وقال الشافعي في الثالثة يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه فهو بهذا اللفظ لا يعرف ولكن اخرج ابو داود عن جابر قال جيء بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال فاقطعوه فقطع ثم جيء به في الثانية فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به في الثالثة فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به في الرابعة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به في الخامسة قال اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فالقيناه في بئر ورمينا عليه الحجارة قال النسائي حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوي واخرج النسائي عن حماد بن سلمة انبأنا يوسف بن سعد عن الحارث بن حاطب اللخمي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلص فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه ثم سرق فقطعت رجله ثم سرق على عهد ابي بكر رضي الله عنه حتى قطعت قوائمه الاربع كلها ثم سرق الخامسة فقال ابو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلم بهذا حين قال اقتلوه ورواه الطبراني والحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد قال المصنف وروي مفسرا كما هو مذهبه اخرجه الدارقطني عن ابي هريرة رضي الله عنه قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله وفي سنده الواقدي وههنا طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن وكذا الطعن الطحاوي كما ذكره المصنف فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها اصلا وفي المبسوط الحديث غير صحيح ولا احتج به بعضهم في مشاورة علي رضي الله عنه ولكن سلم يحمل على الانتساخ لانه كان في الابتداء تغليظ في الحدود الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع ايدي العرنيين وارجلهم وسمر اعينهم ثم انتسخ ذلك واما فعل ابي بكر وعمر رضي الله عنهما فروى مالك في الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه ان رجلا من اليمن اقطع اليد والرجل قدم فنزل على ابي بكر الصديق رضي الله عنه فشكى اليه ان عامل اليمن ظلمه فكان يصلي من الليل فيقول ابو بكر رضي الله عنه وابيك ما ليلك بليل سارق ثم انهم فقدوا عقدا لاسماء بنت عميس امراة ابي بكر الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت اهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلي عند صائغ زعم ان الاقطع جاءه به فاعترف الاقطع وشهد عليه فامر ابو بكر فقطعت يده اليسرى وقال ابو بكر لدعاؤه على نفسه اشد عليه من سرقته ورواه عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قدم على ابي بكر رضي الله عنه رجل اقطع فشكى اليه ان يعلى بن امية قطع يده ورجله في سرقة وقال والله ما زدت على انه كان يولي شيئا من عمله الخمث في فريضة واحدة فقطع يدي ورجلي فقال له ابو بكر ان كنت صادقا فاقدتك منه فلم يلبث الا قليلا حتى فقد آل ابي بكر حليا لهم فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال اللهم اظهر من سرق اهل هذا البيت الصالح قال فما انتصف النهار حتى عثر على المتاع عنده فقال له ابو بكر رضي الله عنه ويلك انك لقليل العلم بالله فقطع ابو بكر يده الثانية قال محمد بن الحسن في موطائه قال الزهري ويروى عن عائشة رضي الله عنها قالت انما كان الذي سرق حلي اسماء اقطع اليد اليمنى فقطع ابو بكر رضي الله عنه رجله اليسرى قال وكان ابن شهاب اعلم بهذا الحديث من غيره هذا وقد حكى عن عطاء وعمرو بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز انه يقتل في المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روي عن ذلك وذهب مالك والشافعي الى انه يعزر ويحبس كقولنا في الثالثة قوله ولنا قول علي رضي الله عنه قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن ابي طالب قال اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيرا اني لاستحيي من الله ان ادعه ليس له يد ياكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها وطرق

وبهذا احتج على بقية الصحابة رضي الله عنهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي رح او نحمله على السياسة

محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال كان علي لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا حاتم بن اسمعيل عن جعفر بن محمد عن ابيه قال كان علي لا يزيد على ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا اتي به بعد ذلك قال اني لاستحيي ان ادعه لا يتطهر لصلاته ولكن احبسوه واخرجه البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن علي انه اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به فقطع رجله ثم اتي به فقال اقطع يده باي شيء يتمسح وباي شيء ياكل اقطع رجله على اي شيء يمشي اني لاستحيي من الله ثم ضربه وخلده في السجن وروى ابن ابي شيبة ان نجدة كتب الى ابن عباس يساله عن السارق فكتب اليه بمثل قول علي رض واخرج عن سماك ان عمر رض استشارهم في سارق فاجمعوا على مثل قول علي رض واخرج عن مكحول ان عمر رض قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى وذروه ياكل بها ويستنجي بها ولكن احبسوه عن المسلمين واخرج عن النخعي كانوا يقولون لا يترك ابن ادم مثل البهيمة ليس له يد ياكل بها ويستنجي بها وهذا الكثرة قد ثبتت ثبوتا لا مرد له فبعيد ان يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالبا تتوافر الدواعي على نقلها مثل سارق قطع صلى الله عليه وسلم اربعة ثم قتله والصحابة مجتمعون على قتله ولا خبر بذلك عند علي وابن عباس وعمر من الاصحاب الملازمين بل اقل ما في الباب ان كان نقل لهم انهم ان غابوا لا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضي العادة فامتناع علي بعد ذلك اما لضعف الروايات المذكورة في الاتيان على اربعة واما للعلم ان ذلك ليس حدا مستمرا على من راى الامام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الارض و بعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوي قوله فانعقد اجماعا اشار الى ما في تنقيح ابن عبد الهادي قال سعيد بن منصور حدثنا ابو معشر عن سعيد بن ابي سعيد المقبري عن ابيه قال حضرت علي بن ابي طالب رض اتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لاصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه يا امير المؤمنين قال قتلته اذا وما عليه القتل باي شيء ياكل الطعام باي شيء يتوضا للصلاة باي شيء يغتسل من جنابته باي شيء يقوم على حاجته فرده الى السجن اياما ثم استخرجه فاستشار اصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال اول مرة فجلده جلدا شديدا ثم ارسله وقال سعيد ايضا حدثنا ابو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عائذ قال اتي عمر بن الخطاب باقطع اليد والرجل قد سرق فامر ان تقطع رجله فقال علي قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية فقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغي ان تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها اما ان تعزره واما ان تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقي في سننه وهو مما يؤيد ضعف الحديث من استدلال علي رض وموافقة عمر رض له قال المص ولانه اهلاك معنى هو من قول علي رض قتلته اذا والحد زاجر لا مهلك ولانه نادر الوجود اي يندر ان يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله والحد لا يشرع الا فيما يغلب على ما مر غير مرة بخلاف القصاص يعني لو قطع رجل يسرى رجل قطعت يداه اداء لحقه لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه لا يقال اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب ولا اجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة والامر مقرون بالوصف وان تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث امكن واذا انتفى ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الاية السارق مرة واحدة

وإذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً أو مشياً وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا إن كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الإصبعان منها سوى الإبهام لأن قوام البطش بالإبهام فإن كانت أصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع لأن فوت الواحدة لا يوجب خللاً ظاهراً في البطش بخلاف فوت الإصبعين [illegible] قال وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمداً أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد [illegible] والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار [illegible] له أنه قطع يداً معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا إنه أخطأ في اجتهاده [illegible] ولهما أنه قطع يداً معصومة بلا حق ولا تأويل لأنه تعمد الظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه [illegible] على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضاً هو الصحيح

فاقطعوا ايديهما وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والاجماع وانتفى ما وراءه وذلك لقيام الدليل على العدم قوله وان كان السارق اشل اليد اليسرى او مقطوع الرجل اليمنى او كانت رجله اليمنى شلاء لا يقطع لان في القطع والحالة هذه تفويت جنس المنفعة بطشا اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة او شلاء او مشيا اذا كان ذلك في رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة اهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين وهذا لان المشي لا يتاتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة ولهذا لا تقطع يمين السارق اذا كانت ابهام يده اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوتهما تقوم مقام قوة الابهام في نقصان البطش بخلاف قوة اصبع واحدة غير الابهام لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل ان الشلل وقطع الابهام والاصابع لو كان في اليد اليمنى انه يقطع لانها لو كانت صحيحة قطعت فكيف اذا كانت ناقصة وانما خولف في هذا الباب ما ذكر في الكتاب حيث جعل القائم مقام الابهام المخل بالبطش فوات ثلاث اصابع وهنا جعله اصبعين لان الحد يحتاط في درئه قوله واذا قال الحاكم للحداد اي الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا او خطاء فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رح ولكن يؤدب وبه قال احمد وقالا لا شيء عليه في الخطاء ويضمن في العمد ارش اليسار وعند زفر يضمن في الخطاء ايضا بخلاف ما لو قال له [illegible] بالاتفاق وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كذا قالوا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في استكشاف التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع عمدا قصاصا ويضمن المسروق وان كان [illegible] لحق الله تعالى [illegible] وكذا لو قطع يده اليسرى لا قصاص له ولسقط عنه قطع اليمنى لما عرف قوله المراد اي المراد بالخطاء الذي فيه الخلاف بينهما وبين زفر الخطاء في الاجتهاد وهذا ان [illegible] الحاكم القطع يمينه عن اجتهاد في ان قطعها يجزي عن قطع السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا ايديهما اما الخطاء في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفوا لانه يبعد [illegible] فيه يدعيه وعلى هذا فالقطع في الصورتين عمدا انما يكون بمعنى [illegible] ان القطع لليسار لا عن اجتهاد في اجزائها وقيل الخطاء في اليمين والشمال يجعل عفوا ايضا لزفر انه قطع يدا معصومة والخطاء في حق العباد غير موضوع فيضمنها ولنا انه انما اخطاء في اجتهاده وخطاء المجتهد موضوع بالاجماع وهذا موضع اجتهاد لان ظاهر النص يسوي بين اليمين واليسار ولهما في العمد انه جائر حيث قطع يدا معصومة بلا تاويل تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات لانه لم يفعله عن اجتهاد وكان ينبغي ان يجب القود الا انه سقط للشبهة الناشية من اطلاق النص ولابي حنيفة رح انه وان اتلف بلا حق ظلما لكنه اخلف من جنسه ما هو خير له وهي اليمين فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لان قوة البطش بها اتم فلا يضمن شيئا وانما قلنا انها اخلفت لان اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فاخلفها اي خلف استمرارها وبقائها بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى لانه وان امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما اتلف عليه من المنفعة لان منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي واما ان قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيئا اصلا وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبده بالفين وقيمته الف وشهد بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيئا قوله وعلى هذا اي على تعليل ابي حنيفة رض بالاخلاف لو قطع يساره غير الحداد ايضا لا يضمن للاخلاف وهو احتراز عما ذكره الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي حيث قال هذا كله اذا قطع الحداد او بامر السلطان ولو قطع يساره غيره فعليه

وإن أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لأنه قطعه بأمره ثم في العمد عنده لا ضمان عليه في المال لأنه لم يتعمد ولا في الخطأ
إذا قطع على طريقة الاجتهاد لأنه خطأ في الاجتهاد ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لأن الخصومة شرط لظهورها
ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافا للشافعي رحمه الله في الإقرار لأن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته وكذا إذا غاب عند القطع عندنا
لأن الاستيفاء من القضاء في هذا الباب وللمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة أن يقطعه أيضا وكذا
المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء
والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء إلا أن الراهن إنما يقطع
بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه

القصاص وفي الخطأ الدية قوله ولو أن السارق أخرج يساره وقال هذه يميني فقطعها لا يضمن وإن كان عالما بأنها اليسار
بالاتفاق لأنه قطعها بأمره ثم في العمد عنده على السارق ضمان المال إذا كان استهلكه لأنه لم يقع حدا في الخطأ كذلك على هذه
الطريقة أعني طريقة عدم وقوعه حدا وقيل طريقة الإخلاف ولأن منها عدم وقوعه حدا وكلاهما واحد إلا أن الأول أقرب إلى اللفظ
وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لأنه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان وإنما خص أبا حنيفة بلزوم الضمان على السارق
عند القطع مع أنهما أيضا يضمنانه لأن توهم أنه لا يضمن إنما ثبت على قوله لأنه لما لم يوجب على الحداد ضمانا فقد يتوهم أنه لا يضمن
السارق بناء على أن قطع الحداد وقع حدا ولذا لم يضمنه فأزال الوهم بأنه إنما لم يضمنه لإخلافه لا لوقوعه حدا قوله ولا يقطع السارق
إلا أن يحضر المسروق منه ويطالب بالسرقة لأن الخصومة شرط لظهور السرقة والخصم هو المسروق منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي
وأحمد وقال مالك وأبو ثور لا تشترط المطالبة لعموم الآية وكما في حد الزنا وقوله ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافا للشافعي في الإقرار
وهو خلاف الأصح عنده والأصح عنده أن الإقرار كالبينة يعني إذا أقر الرجل عند الحاكم أني سرقت مال فلان نصابا من حرز لا شبهة فيه لا يقطعه حتى
يحضر فلان ويدعي وما ذكره عن الشافعي رواية عن أبي يوسف لأن خصومة العبد ليس إلا لظهور سبب القطع الذي هو حق الله تعالى
وبالإقرار ظهر السبب فلا حاجة إلى حضوره والجواب أنه ما لم يظهر تصديق المقر له في المقر به فهو للمقر ظاهرا لذا لو أقر لغائب ثم لحاضر جاز ولأن شبهة الإباحة
بإباحة المالك للمساكين أو لطائفة السارق منهم ثابتة وكذا شبهة وجود إذنه له في دخول بيته فاعتبرت المطالبة ودفعا لهذه بخلاف الزنا فإنه لا يباح
بإباحته بوجه من الوجوه فلم يتمكن فيه هذه الشبهة والحق أن احتمال الإباحة للملك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سينفيها المص وسيتضح ذلك فالمعول
عليه ما ذكرنا من أن ملك المقر قائم ما لم يصدقه المقر له قوله وكذا إذا غاب المسروق منه عند القطع لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعي وأحمد
خلافا لمالك لأن الاستيفاء من القضاء في الحدود وعلى ما مر وعلى ظاهر كلام المص يكون التشبيه في ثبوت خلاف الشافعي لكن علمت أن
الأصح أنه كقولنا ولما ثبت أن المطالبة شرط شرع في بيان من له المطالبة فقال وللمستودع بفتح الدال والغاصب وصاحب الربا أن
يقطعوا السارق منهم أي إذا سرق الوديعة أو المال المغصوب وأما صاحب الربا فكالمشتري عشرة بخمسة إذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع
بخصومته لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب إذ المشتري شراء فاسدا في يد المشتري كالمغصوب ولرب الوديعة أن يخاصم ويقطعوا
كالمودع وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب
والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة كمتولي الوقف والأب والوصي يقطع السارق لما في أيديهم
من مال الوقف واليتيم بخصومتهم ويقطع أيضا السارق من هؤلاء بخصومة المالك لما في أيديهم إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام
الرهن قبل قضاء الدين أو بعده وفي بعض النسخ من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليله بقوله لأنه لا حق له في المطالبة بالعين
بدونه أي بدون قضاء الدين فليس له أن يخاصم في ردها وكذا النقل عن ابن المص أنه قال كان في نسخة المص بعد القضاء وقيل
يمكن أن يكون هذا جواب القياس يعني للمالك أن يسترد الرهن كالمودع يسترده للحفظ فلا يكون أدنى حالا منه وقيد بقوله حال
قيام الرهن لأنه إذا كان مستهلكا لا يقطع إلا بخصومة الرهن لأن الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في المطالبة بالعين

والشافعي بناه على اصله اذ لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية الخصومة في حق
الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة قلنا ان السرقة موجبة للقطع في
نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ لا اعتبار لحاجتهم
الى الاسترداد فيستوفي القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر
ولا معتبر بشبهة موهومة الاحتراق كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة

والا لحفظه وفي غاية البيان وينبغي ان يكون للراهن ولاية القطع اذا كانت قيمة الرهن ازيد من الدين بقدر عشرة لان الزائد امانة في يد المرتهن
فكان المرتهن بالنسبة الى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته **قوله** والشافعي رحمه الله بناه اي بنى عدم القطع بخصومة هؤلاء
على اصله وهو ان لا خصومة لهم في الاسترداد عند جحود من في يده المال المودع كالمودع الا ان يحضر المالك لانهم لا يملكون
الخصومة في الدعوى عليهم لغائب فلا يملكونها لاعادة اليد اولى قيل لكن المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل
والمرتهن وكذا يقول مالك من يد المستعير ايضا وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ ولا يظهر في حق القطع لان
فيه اي في القطع تفويت الصيانة لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الامر على موضوعه بالنقض او تصير خصومة لاثبات الحفظ
سببا للتضييع ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا وهذه النكتة
هي مبنى الخلاف اعني كون خصومتهم معتبرة فاثبتها بقوله اذ لا اعتبار لحاجتهم الى الاسترداد والاحسن ان يقال لهم ولاية الحفظ وهو باليد
فكان استرداد اليد حقا لهم كما ان ذلك للمالك بل المالك في الحقيقة لم يرد الا لليد وهذا لان ذا اليد ان كان امينا لا يقدر على
اداء الامانة الا بها فان كان غاصبا لا يقدر على اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان خصومته في حق لهم ثم تظهر به السرقة
فيجب بها القطع ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول سرق مني وقصده احياء حق المالك حق نفسه بخلاف خصومته
في القصاص لا تعتبر فلا تقتص بخصومته لانه ليس فيه حقه في اعادة يده وادرء وان في صورة الاقرار لا يقطع الا بحضور المالك وهو احد
المحتملين وكذا لو اقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعي مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيها وما ذاك الا
لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود في هذه الصورة مع انه يقطع اجيب بان المستعير ومن ذكر معه اصحاب يد
صحيحة وبينا ان لهم حق الاسترداد بخصومة كل منهم باعتبار حقه بخلاف الوكيل الا ترى انه لا يستغني عن اضافة الخصومة الى غيره وفي فصل
الاقرار شبهة زائدة هي جواز ان يكذب المالك اقراره فيبقى المال مملوكا للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة ثم اجاب عن قول
زفر بقوله وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء حقا لله وان لزم غير مقصود ولا داعي لانه انما يثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما للقطع
مطلقا مع انه مهدر في اعتبار الشرع بدليل الاجماع على ان يقطع بخصومة الاب والوصي بسرقة مال اليتيم وان لزم سقوط الضمان فكان
تعليله لذلك مردودا بدلالة الاجماع وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة جواب عن مقدر هو ان يقال احتمال اقرار المالك له اي عند غيبته بالمال
واذنه اذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابتة توهمها
في الحال لا على تقدير ينتفي في الحال الا ترى ان القطع يستوفى بالاقرار وان توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع
وان كان لو حضر المستودع قال كان ضيفي او اذنت له في الدخول في بيتي ولا يخفى ان لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التي ذكرها المصنف
في اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال اباحة المالك للمسروق للمسلمين ونحوه فانه جاز انه اذا حضر قال كنت اجته للمسلمين او
لطائفة السارق منهم كما جاز ان يقول به سوار فاذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر فكذلك تلك وان اعتبرت تلك بسبب
قيام احتمالها في نفس الامر على تقدير حضوره المنتفي في الحال فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان اذن له او انه مقر له به قائم في الحال

وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ الحد بشبهة يقطع بخصومته لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت اليه وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رح يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة

وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد انه قال ليس للمالك ان يقطعه حال غيبة المستودع **قوله وان قطع سارق بسرقة** فسرقت منه لم يكن له ولا لرب المال ان يقطع السارق الثاني وبه قال احمد والشافعي في قول وقال مالك والشافعي في قول يقطع بخصومة المالك لانه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الاول اولا ولنا ان المالك لا يجب على السارق ضمانه فكان ساقط التقوم في حقه وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له فيد السارق الاول ليست يد ضمان ولا يد امانة ولا يد ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه وروى في نوادر هشام عن محمد ان قطعت الاول لم اقطع الثاني وان درئت القطع عن الاول لشبهة قطع الثاني ومثله في الاملاء لابي يوسف واطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق وهو قول احمد لان يده ليست يد امانة ولا يد ملك فكان ضائعا ولا قطع في اخذ مال ضائع قلنا بقي ان يكون يد غصب والسارق منه يقطع ثم الحق التفصيل المذكور وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه وفي رواية اخرى ليس له ذلك لان يده ليست يد ضمان ولا يد امانة ولا ملك والرد منه ليس باولى منه الى المالك والوجه انه اذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرده الى الاول ولا الى الثاني اذا رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده من يد الثاني الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ اموال الغيب ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ عنه القطع لشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار يده كيد الغاصب **قوله ومن سرق سرقة فردها على المالك** قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة التي هي الموجب للقطع فكانت شرطا في القطع والخصومة لا تتحقق بعد الرد لانها اعني الخصومة الموجبة لا تتم الا باقامة البينة وهي انما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد انقطعت المنازعة بالرد بخلاف ما بعد المرافعة اي بخلاف ما لو ردها بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فانه يقطع وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة واذا رد المال للخصومة حصل مقصودها وبحصول المقصود من الشيء ينتهي وبالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده ولا فرق في عدم القطع بين ان يرد قبل الخصومة الى يد المالك او يد ابيه او امه او جده او جدته وان لم يكونوا في عياله وكذا يبرأ المستعير والمودع بالرد اليهم لان لهم شبهة ملك في ماله فالرد اليهم رد اليه حكما وذلك كاف في الرد اليه بخلاف ما لو رد الى ابنه وذي رحمه المحرمة كاخيه وعمه وخاله ان كانوا في عياله يبرأ ولا يقطع كما لو رده الى زوجته او عبده او مكاتبه او اجيره مشاهرة وهو الذي يسمى غلامه او مسانهة يبرأ في هؤلاء كلهم ولا يقطع ولو سرق من المكاتب ورد الى سيده او من العيال ورده الى من يعولهم او سرق من شخص ورده الى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع ويبرأ المستعير والمودع برد الوديعة الى من يعول المودع اما الغاصب فلا يبرأ بالرد الى الاب والام ولا الى ولده واقاربه المحرمة الذين في عيالهم ولا الى الزوجة ومن ذكرنا معها **قوله** واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك وسلمها اليه او باعها منه لا يقطع وقال زفر والشافعي ومالك واحمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا بفعلها بلا شبهة وظهورا عند الحاكم وقضي عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة الا لو صح اعتبار عارض الملك المتاخر متقدما بالتثبيت اعتباره وقت السرقة فلا موجب لذلك فلا يصح ولا شبهة فيقطع وما ينفي صحة ذلك لا اعتبار

ربه من المسروق منه في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء **قال** وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول زفر والشافعي رحمه الله اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله اما نقصان السعر غير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول ابي حنيفة الآخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر

ما في حديث صفوان انه قال يا رسول الله لم ارد هذا هو عليه صدقة فقال عليه السلام فهلا قبل ان تأتيني به رواه ابو داود وابن ماجة زاد النسائي في رواية فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا بخلاف ما لو اقر بالسرقة بعد القضاء فانه لا يقطع لان بالاقرار يظهر الملك لسابق فيتنفي القطع **قوله** ولنا ان الامضاء يعني استيفاء الحد بالفعل من القضاء في باب الحدود فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء ولو ملكه قبل القضاء لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء والشان في بيان ان الاستيفاء من القضاء وهو القضاء في هذا الباب وقد بيناه في حد الزنا الا ان المصنف لما كان هذا هنا من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله لوقوع الاستغناء عنه اي عن القضاء بالاستيفاء حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة باللفظ بل امر بالاستيفاء او استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء وهذا لان المقصود من القضاء باللفظ ليس الا اظهار الحق للمستحق والمستحق هنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر الى الاظهار فلا حاجة الى القضاء لفظا بل لا يفيد سقوط الواجب عنه الا بالاستيفاء واذا كان كذلك فالخصومة شرط فيشترط قيامها عند الاستيفاء كما عند القضاء وهي منتفية بالهبة بخلاف رده المال المسروق بعد القضاء بالقطع لانه به تنتهي الخصومة والشيء بانتهائه يتقرر فتكون الخصومة بعده متقررة فيقطع واما الحديث ففي رواية كما ذكر وفي رواية الحاكم في المستدرك انا ابيعه وانسئه ثمنه وسكت عليه وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت اريد هذا وقوله يقطع رجل من العرب في ثلاثين درهما ولم يثبت انه سلمه اليه في الهبة ثم الواقعة واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب والاضطراب موجب للضعف ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الرفع اليه وفي ذلك لا يكون ملكا له قبل القبض **قوله** وكذلك اذا نقصت قيمتها اي قيمة السرقة اي العين المسروقة من حيث السعر بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر المذهب وعن محمد يقطع وهو قول زفر وباقي الائمة الثلاثة اعتبارا بالنقصان بالعين اذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع بالاتفاق فكذا اذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء كذلك ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كماله عند الامضاء لما ذكرنا انه من القضاء وهو منتف في نقصان القيمة بخلاف نقصان العين لان ما استهلكه مضمون عليه فكان الثابت عند القطع نصابا كاملا بعضه عين وبعضه دين بخلاف نقصان السعر فانه لا يضمنه وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فانه يقطع به لقيامه اذ ذاك ثم يسقط ضمانه **قوله** واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة قال المصنف معناه بعد ما شهد عليه الشاهدان بالسرقة وانما فسره ليخرج ما اذا اقر بالسرقة ثم رجع فقال لم اسرق بل هو ملكي فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال وقال الشافعي لا يسقط بمجرد دعواه وهو احد الوجهين كذا ذكره بعضهم وهو رواية عن احمد لان سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي الى سد باب الحد اذ لا يعجز سارق عن هذا ونقل عنه انه لا يقطع وقيل هو نص الشافعي وعن احمد رواية انه اذا كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بدلالة الحال قال ابن قدامة واولى الروايات انه لا يقطع بكل حال لان الحد يدرأ بالشبهات وهي احتمال صدقه قال المصنف لا معتبر بما قال من انه يفضي الى سد باب الحد بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار اجماعا والسارق لا يعجز عن ذلك مع انه يعتبر رجوعه شبهة دارئة اذا رجع على انه ممنوع فان من لم يعلم هذا من السراق اقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالبا **قوله** واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع منهما ويورث الشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فتتحد فتتمكن الشبهة فيهما **قوله** فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر الحاضر منهما في قول ابي حنيفة الآخر وهو قولهما وقول الائمة الثلاثة وكان يقول اولا لا يقطع لانه ان حضر

وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه يقطع وترد السرقة إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف رح يقطع والعشرة للمولى وقال محمد رح لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر رح ومعنى هذا إذا كذبه المولى ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر رح لا يقطع في الوجوه كلها لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأنه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة إقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح إقراره بالمال أيضا ونحن نقول يصح إقراره من حيث إنه آدمي ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث إنه مال ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه من الإضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الإقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى يؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت وإذا بطل فيما هو الأصل بطل في التبع بخلاف المأذون لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولأبي يوسف رح أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه والقطع يستحق بدونه كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وإن كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولأبي حنيفة رح أن الإقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسألة الحر لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع

ربما يدعي شبهة والسرقة واحدة فيتحمل في حقهما وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فبقي معدوما فإنما عملت الشهادة في حق الحاضر فقط ولا معتبر بتوهم حدوث شبهة على ما مر في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع ثم لو حضر الغائب لا يقطع إلا أن تعاد تلك البينة عليه أو تثبت ببينة أخرى وكذا إذا أقر بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الأول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الأئمة **قوله** وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها حاصل وجوه هذه المسئلة أربعة لأن العبد المقر بالسرقة إما مأذون له أو محجور عليه وفي كل منهما إما أن يقر بسرقة مستهلكة أو قائمة فالمأذون له إذا أقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن يضمن المال وإن أقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول المصنف ولو كان مأذونا قطع في الوجهين ويرد المال إلى المقر له سواء صدقه المولى أو كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وإن كان العبد محجورا فإن أقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وإن أقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع فظهر أن قول زفر لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المصنف بقوله قال زفر لا يقطع في الوجوه كلها أي فيما إذا كان العبد محجورا والإقرار بهالكة أو قائمة أو مأذونا والإقرار بهالكة أو قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة في هذا أعني إقرار المحجور بقائمة في يده فقال أبو حنيفة يقطع ويرد لمن أقر بسرقتها منه وقال أبو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله أو قيمته بعد العتاق للمقر له وقال الطحاوي سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول الأقوال الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الأول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه فهو نظير مسئلة الحملان في الزكاة ومعنى المسئلة إذا كذبه المولى في إقراره وقال المال مالي أما إذا صدقه فلا إشكال في القطع ورد المال للمقر له اتفاقا وهذا كله إذا كان العبد كبيرا وقت الإقرار فإن كان صغيرا فلا قطع عليه أصلا وهو ظاهر غير أنه إن كان مأذونا يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما وإن كان هالكا يضمن وإذا كان محجورا فإن صدقه المولى يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما ولا ضمان عليه إن كان هالكا ولو بعد العتق وقدم المصنف الكلام مع زفر فقال إن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأن إقراره بها يرد أثره على نفسه أو طرفه بالإتلاف وكل ذلك مال المولى فالإقرار به إقرار على مال الغير والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له لما تضمن إقراره الإقرار بالمال والطرف وبطل بالطرف يؤاخذ بالمال يضمنه إن كان هالكا ويرده إن كان قائما لصحة إقراره بالمال لكونه مسلطا على الإقرار به من جهة المولى حيث أذن له في المعاملات ونحن نقول الإقرار بها منه صحيح لأن أثر الإقرار بها يرجع إليه من حيث هو آدمي لا من حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت ملكه ألا ترى أن المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان يبقى فيه على أصل الآدمية فيملكه هو كالطلاق ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار فيبطل في حق السيد لأن ضرر الراجع إليه به فوق ضرر الراجع به إلى المولى لأنه يفوت عليه نفسه أو طرفه وما كان كذلك ينفذ على الغير كما إذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان وبالسماء علة فإنه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لأن ما لزمهم من ذلك فرع لزومه شاملة فنفذ في حقهم تبعا لنفاذه عليه وكذا لو أقر المفلس بعد الحجر عليه بقتيل أبدا وإن كان فيه إبطال ديون الناس ولمحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح إقراره بالغصب فيبقى ما في يده مال المولى إذا تعرض بتكذيب المولى لنفي إقراره فيقع إقراره بسرقة مال المولى

قال واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده ردت الى صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابى يوسف رحمه الله عن ابى حنيفة رحمه الله وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعى رحمه الله يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك فى الحرم او شرب خمر مملوكة للذمى ولنا قوله عليه السلام لاغرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافى القطع

وبسرقة مال المولى لا يقطع وبهذا القدر تم الوجه وقوله بعده يؤيده الخ زيادة توكيد اى يؤكد ما ذكرنا من عدم القطع ان المال فى لزوم القطع اصل والقطع تابع والتابع من حيث هو تابع لا يتحقق دون متبوعه فحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع وبيان المال اصل ان الخصومة تسمع فى السرقة فى حق المال حتى لو قال اريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع وكذا يثبت المال فى دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها واقام رجلا وامرأتين شهدوا بها فانه يقضى بالمال دون القطع وكذا اذا اقر الحر بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع وفى عكسه لا يسمع حتى لو قال المسروق منه اريد القطع دون المال لا تسمع خصومته فانما يصح فى حق القطع تبعا للمال وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع ولابى يوسف انه اقر بشيئين اى اقر بما يوجب شيئين القطع وهو اقرار على نفسه فيقطع على ما ذكرنا مع زفر من وجه صحة اقراره بالحدود والقصاص والمال وهو اقرار على المولى وهو يكذبه فلا يصح فى حق المولى ثم القطع يستحق بدون المال كما اذا اقر بسرقة مستهلكة فانه يقطع فلا يلزمه المال وكذا لو هذا الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبى يقطع ولا ينزع الثوب من زيد الى عمرو فيقطع والمال للمولى ولابى حنيفة ان الاقرار فى حق القطع قد صح منه لما بينا فى الكلام مع زفر من انه آدمى الخ ويلزمه صحته بالمال انه لغير المولى لاستحالة ان يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى والحاصل انه اذا صح الاقرار بالحد لكن يثبت حكمه وهو القطع وهو ملزوم لحكم الشرع بكون المال للمقر له اذ لا قطع بمال السيد والى هذا تم الوجه وزيادة قولهم لان الاقرار يلاقى حالة البقاء والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه زيادة لا تظهر الحاجة اليها وقوله بخلاف مسئلة الحر يريد الزام ابى يوسف بما اذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو يقطع به ولا يدفع الى عمرو فكذا جاز ان يقطع بما اقر به من مال الاجنبى ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع فى المسئلة المذكورة محمول على صحة اقراره به لعمرو وانه وديعة عند زيد او غصب وادعى زيد ان الثوب له جاز كونه انكارا للوديعة غير ان المقر ليس خصما فى ذلك والقطع بسرقة ثوب مودع او مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فانا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى او مغصوبا عند المقر له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع قوله واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك لانه لما لم يضمن بالاستهلاك وفيه جناية ثانية فلان لا يضمن بالهلاك ولا جناية اخرى له فيه اولى وهو رواية ابى يوسف عن ابى حنيفة وهو المشهور وبه قال سفيان الثورى وعطاء والشعبى ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين وروى الحسن عنه انه يضمن فى الاستهلاك وقال الشافعى يضمن فيهما اى فى الهلاك والاستهلاك وهو قول احمد والحسن والنخعى والليث والبتى واسحق وحماد وقال مالك ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه نظرا للجانبين ولا خلاف ان كان باقيا انه يرد على المالك وكذا اذا باعه او وهبه يؤخذ من المشترى والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبله انا اضمنه لم يقطع عندنا فانه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال وجه قولهم عموم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما اخذت حتى ترده لانه اتلف مالا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب والمانع انما هو منافاة بين حقى القطع والضمان ولا منافاة لانهما حقان بسببين مختلفين احدهما

لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فيعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة

حق الله تعالى وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والاخرى حق البشر فيقطع حقا لله وتضمين حق العبد وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء حقا لله والقيمة حقا للعبد وكشرب خمر الذمي على قولكم فانكم تحدونه حقا لله تعالى وتغرمونه قيمتها حقا للذمي فهذا الزام فانهم لا يضمنون الخمر باستهلاكها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد بن ابراهيم يحدث عن اخيه المسور بن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يغرم صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد ولفظ الدارقطني لا غرم على السارق بعد قطع يمينه وضعف ابن المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فانه مسور بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر فان اسحق بن الفرات رواه عن المفضل فادخل بين يونس بن يزيد وسعد بن ابراهيم الزهري وقال ابن المنذر سعد بن ابراهيم هذا مجهول وقيل انه الزهري قاضي المدينة وهو احد الثقات الاثبات وعندنا الارسال غير قادح بعد ثقة الراوي وامانته وذلك الساقط ان كان قد ظهر انه الزهري فقد عرف وبطل القدح به وما قال ابن قدامة انه يحمل على غرم السارق اجرة القاطع مدفوع بمعنى اخر البزار لا يضمن السارق سرقته بعد اقامة الحد ولم يرد على قول المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه اخذ ملكه ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعا فما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي والمودي اليه الضمان فينتفي الضمان ولان المسروق لا يبقى مع القطع معصوما حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه وانما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة اذ الشبهة ليست الا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرئ الحد لكن الحد وهو القطع ثابت اجماعا فكان محرما حقا للشرع فقط كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله ولا يقال جاز كون الشيء محرما لغيره ولنفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم ان يكون مباحا في نفسه لانا نقول ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرما الا لغيره وقت استخلاصه الحرمة لنفسه تم قبيل فعل السرقة القبلية التي علم الله تعالى انها تتصل بها السرقة وانما تبين لنا ذلك بتحقق القطع فاذا قطع علمنا انه استخلص الحرمة حقا له تعالى في ذلك المال كما يعلم ان الاب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له لظهور دعواه ولدها الا انا علمنا انه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها اليه قبيل الوطي القبلية التي علم تعالى اتصال الوطي بها وكذا في اعتق عبدك عني بالف فهو من الاستدلال بمعاينة المشروط على سبق الشرط فان قلت فما وجه رواية الحسن في الضمان باستهلاك مع فرض ان العصمة انتقلت الى الله تعالى وصار المسروق لحرمة الميتة فينبغي ان لا يفترق الحال فاجاب المصنف عنه بقوله الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حق فعل آخر انما الضرورة في نفي شبهة الاباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع وكذا الشبهة اي شبهة الاباحة انما تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الاستهلاك ووجه المشهور ان الاستهلاك وان كان فعلا آخر الا انه اتمام المقصود بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معدودا منها فتعتبر الشبهة فيه كما اعتبرت في السرقة وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان في فصل الاستهلاك لانتفاء المماثلة بين المال المسروق والضمان لان المسروق معصوم حقا للعبد في حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقا له في حالتي الهلاك والاستهلاك

قال ومن سرق سرقات فقطع في إحداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها إلا التي قطع لها ومعنى المسألة إذا حضر أحدهم فإن حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي أما الوجوب بالجناية فإذا استوفى فالمستوفى كل الواجب ألا ترى أنه يرجع نفعه إلى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف إذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يقطع لأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري إذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما أن الأخذ وضع سببا للضمان لا للملك وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الأخذ وكما إذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لأن البيع موضوع لإفادة الملك

فاذا انتفت المماثلة انتفاء الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص بخلاف شرب خمر الذمي لانه اتلف مالا متقوما لغيره فيضمنه وفيه جناية على عقله وجعل حق الله تعالى فيه الحد فيحد بذلك فكانا حرمتين ومثله صيد الحرم المملوك وفي المبسوط روى هشام عن محمد انه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة فاما ديانة فيفتى بالضمان للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق وفي الايضاح قال ابو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذا لو خاطه قميصا لا يحل له الانتفاع لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب القضاء به فلا يحل الانتفاع كمن دخل دار الحرب بامان واخذ شيئا من اموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة وكالباغي اذا اتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر ايجاب الضمان لعارض ظهر اثره في حق الحكم واما ديانة فيعتبر قضية السبب **قوله** ومن سرق سرقات فقطع في احدها بالخصومة صاحبها وحده فهو اي ذلك القطع لجميعها ولا يضمن شيئا لارباب تلك السرقات عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا السرقة التي قطع فيها فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا من السرقات بالاتفاق لهما ان الحاضر ليس نائبا عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع لسرقاتهم فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاكم فاذا كان الحكم الشرعي الثابت في نفس الامر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الاسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه عنها وهو يلزم لسقوط ضمانها كلها في نفس الامر علم القاضي بها او لم يعلم ولا اثر لعدم علمه بها في نفي الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الاسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب ٭

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار قبل ان يخرجه من الحرز بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة بعد الشق قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع وان كان لا يساوي عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق وان شقه بعد الاخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلف العبارات في افادة قول ابي يوسف في بعضها ما يفيد انه روي عنه وان الظاهر من قوله كقولهما وهي كلام الهداية وفخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد والعتابي حيث قالوا وعن ابي يوسف وكذا قول الاسبيجابي ذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع محمد وقول محمد مع ابي حنيفة في الظاهر وشمس الائمة البيهقي زاد وقال في الكفاية وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة وفي بعضها ما يفيد انه الظاهر من قوله كقول صاحب الاسرار وقال ابو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد في الكافي وقال ابو يوسف كل شيء يجب عليه قيمته ان شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه وجه قوله ان السرقة ما تمت الا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك اذ بالخرق الفاحش ثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وان كره ذلك وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كما لو سرق المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع ثم اسقط البائع الخيار فانه لا يقطع لذلك وهو ان السرقة تمت على عين غير مملوك ولكن فيه سبب الملك للسارق ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان ولا يخفى ان المناسب ان يقول ان الشق وضع سببا للضمان لا للملك وثبوت ولاية الغير ان يملك ليس سببا للملك بل السبب انما يثبت عند اختيار التضمين و انما تكون تلك الولاية موجبة للسببية

وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه

اذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فيما قست عليه لا في ما وضع سببا للضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس في الاخذ بل في الشق تكلف في تقريره بان قيل الاخذ سبب للضمان لانه عدوان محض لا للتمليك فكان كالشق عدوانا فكما لا يعتبر فالاخذ شبهة دارئة للقطع بل القطع اجماعا كذلك الشق وانما يصير الشق سببا للضمان اذا اختار المالك التضمين فيثبت ضرورة اداء الضمان والقضاء به ومثله لا يورث شبهة والا لثبت مثلها في نفس الاخذ لانه ايضا يحتمل ان يصير سببا للملك باداء الضمان كالشق فصار نظيرا اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشتري العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد بالعيب الذي به يثبت الملك للبائع **قوله** وهذا الخلاف الخ الحاصل ان هذا الخلاف الكائن في القطع هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان واخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند ابي يوسف لا يقطع ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما لو ملكه اياه بالهبة بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس للمالك تضمين كل القيمة فانتفاء وجه ابي يوسف في عدم القطع في اليسير واعلم ان الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لانه استهلاك وعلى هذا لا القطع لانه ما تمت السرقة الا بما يملكه بالضمان وقد حده التمرتاشي بان ينقص اكثر من نصف القيمة واما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش وما دونه يسير ولا بد ان يكون المعنى نقصانا لم ينته الى ما به يصير اتلافا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة ذكره التمرتاشي واورد في الكافي على القطع مع ايجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير ان فيه جمعا بين القطع والضمان واجاب فقال انما لا يجتمعان كيلا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي ان لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوائد الحازرية وفي الصحيح لا يضمن النقصان كيلا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الامهات انه يقطع ويضمن النقصان والنقض بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هناك بعد السرقة بانها سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما اذا النقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما انتقص ثابت قبل السرقة ثم اذا اخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم يضمنه اياه الا ترى الى قول الامام قاضي خان فان كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان اما القطع فلانه اخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة واما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الاخراج الذي به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقي فلا يمنع كما لو اخذ ثوبين واحرق احدهما في البيت واخرج الآخر وقيمته نصاب واما قول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك الخ فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك في المخرج فان الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس له فيه ذلك الجزء المملوك له **قوله** وان سرق شاة فذبحها

ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه ويرد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر قطع ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد رح زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة رح السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

قال واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا

ثم اخرجها لم يقطع ولو ساوت نصابا بعد الذبح لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه على ما مر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه **قوله** ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع بان كانت نصابا فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ويرد الدراهم والدنانير التي صنعها على المسروق منه وقالا يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليها والخلاف مبني على خلاف آخر في الغصب وهو ما اذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده خلافا لهما وكذا لو كانت دراهم فضربها حليا فكذا هنا لا ينقطع بالصك حق المسروق منه في السرقة بناء على انها لم تتبدل فيقطع فالقطع لا يشكل على هذا اما عندهما فقد قيل لا يقطع لانه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكن يجب عليه مثل ما اخذ وزنا من الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شئ على السارق لانه لم يملك عين المسروق لانه بالصنعة صار شيئا آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شئ عليه وجه قولهما ان هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الحديد والصفر بان غصب حديدا او صفرا فجعله سيفا او آنية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا او فضة صار دراهم ودنانير وله ان هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل انه لم تتغير بها حكم الرباحتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة باحد عشرة فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع ويؤخذ للمالك على ان الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وانما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم **قوله** ومن سرق ثوبا فصبغه احمر قطع به باجماع العلماء ثم لا يؤخذ منه الثوب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ولا يضمنه وقال محمد يؤخذ منه الثوب وهو قول الائمة الثلاثة ويعطى قدر ما زاد الصبغ في الثوب اعتبارا بالغصب فان غاصب الثوب اذا صبغه احمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقا فكذا في السرقة والجامع كون الثوب اصلا والصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة وهو ظاهر ومعنى اي من حيث القيمة حتى لو اراد المسروق منه ان ياخذ الثوب يضمن له قيمة الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى فانه لو هلك واستهلك عند السارق لا ضمن فكان حق السارق احق بالترجيح كالموهوب له اذا فعله يقطع حق الواهب في الرجوع لذلك بخلاف الغصب لان حق كل من المغصوب منه الثوب والغاصب الذي صبغه قائم صورة ومعنى لانتقاء ما يخل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا من ان الصبغ تابع **قوله** وان صبغه اي السارق اسود ثم قطع او قطع فصبغه اسود يؤخذ منه عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف هذا والاول سواء فلا يؤخذ منه لان السواد زيادة كالحمرة وهي مانعة من الاسترداد من السارق وعند محمد هو زيادة لكن الزيادة غير مانعة من الاسترداد كما قال في الحمرة وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك في الاسترداد قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنهما وفي شرح الطحاوي ولو سرق سويقا فلته بسمن او عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ اي الاحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد ياخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل

باب قطع الطريق اخره عن السرقة واحكامها لانه ليس سرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو وما يدخل فيه من اطلاق لفظ السرقة بل انما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن اطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب من الاخفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشاف وارباب الادراك فكان السرقة فيه مجازا ولذا لا تطلق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فقط لم تفهم اصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز **قوله** واذا خرج جماعة ممتنعين بقوتهم عمن يقصد مقاتلتهم او واحد له منعة بقوته وبجدته لتقصدون قطع الطريق

والأصل فيه قوله تعالى إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله أعلم التوزيع على الأحوال وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة نذكرها إن شاء الله تعالى ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها أما الحبس في الأولى فلأنه المراد بالنفي المذكور لأنه نفي عن وجه الأرض بدفع شرهم عن أهلها ويعزرون أيضا لمباشرتهم منكر الإخافة وشرط القدرة على الامتناع لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه إلا بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه ويقتلون حدا حتى لو عفا الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم لأنه حق الشرع

أي أخذ المارة فأحوالهم بالنسبة إلى الجزاء الشرعي أربعة وبالنسبة إلى ما هو أعم منه خمسة أما بالنسبة إلى الجزاء فإما أن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالا ولا يقتلوا النفس بل لم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذوا فحكمهم أن يعزروا ويحبسوا إلى أن تظهر توبتهم في الحبس أو يموتوا. أما إن أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا أو ما يبلغ قيمته ذلك فيقطع الإمام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى وأما إن قتلوا مسلما أو ذميا ولم يأخذوا مالا فيقتلهم الإمام حدا ومعنى حدا أنه لو عفا أولياء المقتول لا يقبل عفوهم لأن الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فمتى عفى عنهم عصى الله تعالى والرابعة أن يأخذوا المال ويقتلوا وسيأتي وفي فتاوى قاضي خان وإن قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا وهذا يخالف ما ذكرنا إلا أن يكون معناه إذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيئا ومال إلى القتل فإنا سنذكر في نظيره أنه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن أبان وفيها أيضا إن خرج على القافلة في الطريق وأخاف الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف المعروف من أنه يحبس إتماما للنفي المذكور في الآية وما هو بالنسبة إلى ما هو أعم فالأربعة المذكورة والخامسة أن يؤخذوا بعد ما أحدثوا توبة وتأتي أيضا في الكتاب والتقييد بمسلم أو ذمي في صدر المسئلة ليخرج المستأمن فلو قطعوا الطريق على مستأمن لا يلزمهم شيء مما ذكرنا إلا التعزير والحبس باعتبار إخافة الطريق وإخفار ذمة المسلمين لأن ماله غير معصوم على التأبيد وباقي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك مما يقدمه الشارحون يأتي ذلك كله في الكتاب مفصلا والأصل فيه أي في توزيع الأجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة قوله تعالى إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا الآية سمي قاطع الطريق محاربا لله لأن المسافر معتمد على الله تعالى فالذي يزيل أمنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل الأمن أو هو على حذف مضاف أي يحاربون عباد الله وهو أحسن من تقدير أولياء الله لأن هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر الذمي والمحاربة لرسوله فإما باعتبار عصيان أمره صلى الله عليه وسلم وإما باعتبار أن الرسول هو المحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه فإذا قطع الطريق الذي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه فالمراد من الآية التوزيع أي توزيع الأجزية المذكورة على أنواع قطع الطريق وبه قال الشافعي والليث وحماد وقتادة وأصحاب أحمد وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وأبو ثور وداود الإمام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقا وقال مالك إذا رأى الإمام القاطع جلدا ذا رأي قتله وإن كان جلدا لا رأي له قطعه ولنا ما روى محمد رحمه الله عن أبي يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الأسلمي فجاء أناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد أن من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ قتل ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الإسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية عن ابن عباس ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي وبالنظر إلى المعنى وهو أن من المقطوع به أنما ذكر من القتل والصلب والقطع والنفي كلها أجزية على جناية القطع ومن المقطوع به أن هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظا والعمل بالإطلاق المحض للآية تقتضي أن يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الأجزية المذكورة وعلى أخفها أغلظ الأجزية وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الأغلظ للأغلظ والأخف للأخف ولأن في هذا التوزيع موافقة لأصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالأخذ

والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد رح يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيخير فيه

الا ان هذا الاخذ لما كان اغلظ من اخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع اشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين فقطع في الاخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين لان التغلظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا استغاثة ولموافقة قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون النصيب لكل واحد منهم نصابا كاملا كيلا يستباح طرفه باقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم يشترط مالك سواء ان يكون الماخوذ نصابا فصاعدا اصاب كل نصاب اولا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة وكذا الاحكام السابقة من انه لو كانت يسراه شلاء لا يقطع يمينه وكذا رجله اليمنى اذا كانت شلاء لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع يده وكذا الرجل الى آخره فان قلت ليس في الاجزية الموزعة الحبس قلنا المراد بالنفي وذلك لان ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الارض اي من وجه الارض لانه لا يتحقق ما دام حيا وان حمل على بعضها وهي بلدة لا يحصل به المقصود وهو دفع اذاه عن الناس لانه اذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصل اليه من البلدة الاخرى فعلمنا بمجازه وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف في الغرر خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا ولما يرى مالك رح ان مجرد النفي لا يفيد المقصود قال يحبس في بلدة النفي ومعلوم ان المقصود لا يتفاوت بالحبس في بلدة النفي وغيرها فيقع تعيين بلدة النفي في غير الفائدة المطلوبة **قوله** والرابعة من انواع هذه الجناية ما اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم بلا صلب وقطع وان شاء صلبهم احياء ثم قتلهم وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف لا بد من الصلب للنص في الحد فلا يجوز ترك الحد كالقتل وبه قال الشافعي واحمد اجاب بان اصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صلب العرنيين ولا غيره صلب احدا مع انه ان ظاهر النص لا يحتم الصلب فان قوله ان يقتلوا او يصلبوا انما يفيد ان يقتلوا بلا صلب او يصلبوا بلا قتل لكن القتل بعد الصلب معلوم بالاجماع وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل او يصلب وفي عامة الروايات من المباسيط وشروح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف مع محمد وبه قال ان كان القاطع ذا راي والشافعي واحمد مع ابي يوسف في انه لا بد من الصلب ومع محمد في انه لا يقطع وجه قولهم انه جناية واحدة هي جناية قطع الطريق فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس في باب الحد يدخل في النفس كحد السرقة والرجم اذا اجتمعا بان سرق المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع اتفاقا ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف رح وهذا على اعتبار ابي يوسف مع ابي حنيفة والا فمع محمد ان هذه الجناية وان كانت واحدة باعتبار انه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل ايضا عقوبة واحدة وانما تغلظت لتغلظ سببها حيث بلغ النهاية في تفويت الامن حيث فوت الامن على المال والنفس بالقتل واخذ المال وكونها امورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق الا ترى ان قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو في الصغرى حدان ولان مقتضى التوزيع الذي لزم اعتباره ان يتعين القطع ثم القتل لان التوزيع ادى الى ان من اخذ المال قطع وهذا قد اخذه فيقطع وان من قتل يقتل ويصلب وهذا قتل فيجب ان يجمع بين القطع والقتل الا ان ذلك كان فيما اذا فعل ذلك على الانفراد فاما على الاجتماع فجاز ان يؤخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للامام وما ذكر من دخول ما دون النفس في النفس هو ما اذا كانا حدين احدهما دون النفس والاخر النفس اما اذا كان ذلك حدا واحدا

ثم **قال** ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي رح وعن الطحاوي رح انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به **قال** ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه تتغير بعدها فيتاذى الناس به وعن ابي يوسف رح انه يترك على خشبة حتى تتقطع ويسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة **قال** واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه فان باشر القتل احدهم اجرى الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق **قال** والقتل وان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه مما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه

فلابد من اقامته سفي اجزاء حد واحد غير انه ان بدأ بالجزاء الذي لا يتلف به النفس فعل الاخر وان بدأ بما يتلف به لا يفعل الاخر لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت **قوله** ثم قال اي القدوري فيما اذا اختار الامام صلبه او ما اذا قلنا بلزومه على قول ابي يوسف انه يصلبه حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي وجهه وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع لان المقصود الزجر وهو انما يحصل في الحيوة لا بعد الموت الا ان يقال النص دل على ذلك فانه قال ان يقتلوا او يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لانه معادله بحرف العناد فلا يتصادق معه والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة فانها ينسخت من لدن العرنيين على ما عرف لا يقال وجه الاول هو الاصح انه ابلغ في الردع وهو المقصود ولا يخفى ان هذا لا يكافي وجه الطحاوي لان القول الحاصل ليس غير الصلب وقيل الطعن لرمح والثاني هو المعتاد منهم لان عادتهم القتل فليس مثلة عندهم كما هو في جدع الاذنين وقطع الانف وسمر العينين فان كان هنا مثلة فالصلب ليس غيره وهو مقطوع بشرعية فتكون هذه المسئلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعا لا يحتمل الشك ثم يخلي بينه وبين اهله يدفنونه وعلمت في باب الشهيد انه لا يصلى على قاطع الطريق **قوله** لا يصلب اكثر من ثلاثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى به الناس وعن ابي يوسف انه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير لازمة من النص وكونه امر بالصلب لا يقتضي الدوام بل بمقدار متعارف لابلاء الاعذار كما في مهلة المرتد وغيرها كما في مدة الخيار **قوله** واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه لما بيناه في السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع **قوله** وان باشر القتل احدهم اي واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوا اجري الحد على جميعهم فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحدا لان القتل جزاء المحاربة التي فيها قتل بالنص مع التوزيع والمحاربة تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا انهزموا انحازوا اليهم وقد تحققت المحاربة مع القتل فيشمل الجزاء الكل وهو قول مالك واحمد خلافا للشافعي قلنا حكم تعلق بالمحاربة فيستوي فيه المباشر والردء كالغنيمة ولا فرق بين كون القتل بسيف او عصا او حجر في قتل الكل وان لم يوجب ابو حنيفة القصاص بالمثقل لان هذا ليس بطريق القصاص فان حد قطع الطريق مع القتل ليس بطريق القصاص فلا يستدعي المماثلة ولهذا يقتل غير المباشر وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح فان كان من جراحة يجري فيها القصاص اقتص وما لا يجري فيه ذلك لزمه الارش ويعرف ما يتعلق به بالتفصيل في الجنايات ان شاء الله تعالى وهذا لانه لا حد في هذه الجناية من قطع او قتل فظهر حق العبد فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس اي ما حل بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وكذا تبطل الجراحات اذا قتل فقتل حدا لان الحد والضمان لا يجتمعان **قوله** وان اخذ بعد ما تاب سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص كما قال تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فان كان قد قتل فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان هذا القتل قصاص فصح العفو عنه والصلح به ولا بد ان يكون قتل بحديد ونحوه لان القصاص لا يجب الا به ونحوه عند ابي حنيفة وكذا اذا كان اخذ مالا ثم تاب فان صاحبه ان شاء تركه وان شاء ضمنه ان كان هالكا ويأخذه ان كان قائما لانه لا قطع بعد التوبة لسقوط الحد فظهر حق العبد في ماله كما في النفس في المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة خاصة ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود ولا تسقط بالتوبة وقيل تسقط اشار اليه محمد في الاصل لان التوبة تسقط الحد

وإن كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له أن المباشر أصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل فإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله إذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والأصح أنه مطلق لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين

في السرقة الكبرى خصوصا الاستثناء في النص فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النص سائر الحدود ولا تسقط بالتوبة عندنا وبه قال مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول تسقط وعندهما لقوله تعالى واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ونحن نقطع بأن رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما والآية منسوخة إنما كان ذلك في أول الأمر فإذا عرف هذا فقول المصنف إلا أن التوبة تتوقف على رد المال لا قطع في مسئلة شبهة التناقض لأنها إذا توقفت على رد المال فأخذه القاطع قبل الرد أخذ قبل التوبة والأخذ قبل التوبة بعد أخذ المال فيه الحد بقطع اليد والرجل أجيب بفرض المسئلة فيما إذا رد بعضه فإنه علامة توبته فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي أو استهلكه ومثل ما لو أخذ بعد التوبة في سقوط الحد والرجوع إلى القصاص وتصرف الأولياء فيه وفي المال ما لو أخذ قبل التوبة وقد قتلوا ولكن أخذوا من المال قليلا لا يصيب كلا نصاب فإن الأمر في القتل والجرح إلى الأولياء إن شاؤا قتلوا قصاصا وإن شاؤا عفوا وقال عيسى بن أبان يقتلهم الإمام حدا لأنهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئا من المال قتلهم حدا فلأن يقتلهم مع أخذ المال أولى وهذا لأن ما دون النصاب كالعدم ولأنه تتغلظ جنايتهم بأخذ شيء من المال فلا يسقط الحد والأصح ما ذكر في الكتاب لأن وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع أخذ المال وقتلهم ليس إلا ليصلوا إليه فإذا تركوا أخذ المال عرفنا أن قصدهم القتل لا القطع لأن القطع ليس إلا للمال فيقتص منهم إن شاء الولي ويجري فيه أحكام القصاص قوله وإن كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فيظهر أحكام القصاص وتضمين المال والجراحات وفي المبسوط لو كان فيهم عبد قطع يد حر دفعه مولاه أو فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لأنه لا قصاص بين العبيد والأحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء فإن كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لأنه لا قصاص بين الرجال والنساء في الأطراف والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة قال المصنف فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء الأخذ والقتل يحد الباقون وإن باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقين قيل كان الوجه أن يقول وقال أبو يوسف بعد أن قال المذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر والقول المذكور ظاهر الرواية عن أصحابنا وعن أبي يوسف كما قال القدوري في شرح لمختصر الكرخي وغيره ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقلاء عن البالغين فإن العقلاء مما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين وعلى هذا السرقة الصغرى إن ولي الصبي أو المجنون إخراج المتاع سقط الحد عن الكل وإن ولي غيرهما قطعوا إلا الصبي والمجنون وقالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم لا يسقط الحد عن غير الصبي والمجنون وذي الرحم لأنها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين لأبي يوسف أن المباشر أصل والردء تابع ففي مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة به بعد أن لا خلل في الأصل فيحد الباقون وفي عكسه وهو أن يباشر الصبي والمجنون ينعكس المعنى والحكم فالمعنى هو السقوط على الأصل ينعكس فإن السقوط في التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقين فلا يحدون ولهما أي لأبي حنيفة ومحمد رد أن قطع الطريق جناية واحدة لأن الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير أنها لا تتحقق في الغالب إلا بجماعة فكان الصادر من الكل جناية واحدة قامت بالكل وإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا للحد لشبهة أو عدم تكليف لا يوجب في حق الباقين لأن فعل الباقين بعض العلة وببعض العلة لا يثبت الحكم وصار كالخاطئ مع العامد إذا اجتمعا في قتل معصوم الدم

بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن لأن الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا عفوا وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لأن الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحساناً وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رحمه الله لوجوده حقيقة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب الحد إذا كان خارج المصر وإن كان بقربه لأنه لا يلحقه الغوث وعنه إن قاتلوا نهاراً بالسلاح أو ليلاً به أو بالخشب فهم قطاع الطريق لأن السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول إن قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لأن الظاهر لحوق الغوث إلا أنهم يؤخذون برد المال إيصالاً للحق إلى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالأمر فيه إلى الأولياء لما بينا

يسقط القصاص عن العامد وأما ذو الرحم فقيل تأويله أي تأويل سقوط الحد عن الكل أن يكون المال مشتركاً بين المقطوع عليهم وفي القطاع ذو رحم محرم من أحدهم فلا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم وتصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لأن المأخوذ شيء واحد فإذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة يمتنع في حق الباقين فأما إذا لم يكن المال مشتركاً فإن لم يأخذوا المال إلا من ذي الرحم المحرم فكذلك وإن أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير والأصح أنه مجرى على الإطلاق وأنهم لا يحدون بكل حال لأن مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لأنه محرز بحرز واحد وهو القافلة والجناية واحدة وهي قطع الطريق فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرزين لأن كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكماً وإذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون كذي الرحم المحرم. قوله بخلاف ما إذا كان فيهم أي في المقطوع عليهم وهو القافلة مستأمن جواب عن مقدر هو أن القطاع على المستأمن وحده لا يوجب حد القطع كما على ذي الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد فكذا يجب عند اختلاط المستأمن لذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم أجاب بأن الامتناع في حق المستأمن إنما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو أمر يخصه أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد فيصير كأن القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء إن شاؤوا عفوا وإن شاؤوا اقتصوا ويجري الحال في المال على ما ذكر من قريب ولو لم يقع القتل والأخذ إلا في المستأمنين لا حد عليهم ولكن يضمنون أموال المستأمنين لثبوت عصمة أموالهم للحال وإن لم يكن معصوماً على التأبيد والله أعلم

قوله وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لأن الحرز واحد وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد وإذا لم يجب الحد يجب القصاص في النفس إن قتل عمداً بحديدة أو بمثقل عندهما ورد المال إن أخذه وهو قائم وضمانه إن هلك أو استهلك

قوله ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة والحيرة وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران أحدهما بالأخرى فليس بقاطع الطريق استحساناً وكذا بين القريتين وحد بعضهم مكان القطع أن يكون في قرية بينها وبين المصر سفر في ظاهر الرواية وفي القياس يكون قاطعاً وهو قول الشافعي فإن في وجيزهم من أخذ في البلد بالمغالبة فهو قاطع طريق وعن أبي يوسف أنه إذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لأنه لا يلحقه الغوث لأنه محارب بل مجاهرة هنا أغلظ من مجاهرته في المفازة ولا تفصيل في النص في مكان القطع وعن مالك كل من أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب وعنه لا محاربة إلا على قدر ثلاثة أميال من العمران وتوقف أحمد فيه وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يلحقه الغوث وعن أبي يوسف في رواية أخرى إن قصده بالسلاح نهاراً في المصر فهو قاطع فإن قصده بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعاً بالخشب والحجر لأن السلاح لا يلبث فيتحقق القطع قبل الغوث والغوث يبطئ بالليالي فيتحقق بلا سلاح وفي شرح الطحاوي الفتوى على قول أبي يوسف قال المصنف ونحن نقول إن قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبالقرب منه لأن الظاهر لحوق الغوث وأنت تعلم أن الحد المذكور في الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق وإنما هو اسم من الناس وإنما أنيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المصر وخارجه ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة أيام بين المصر والقاطع ولا شك في أن ليس لحوق الغوث في

ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبين في باب الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله اعلم

ذلك المقدار ظاهرا وهو ما علل به للظاهر واذا قلنا انهم ليسوا قطاعا فسبيلهم ان يضربوا ويحبسوا وان قتلوا لزم القصاص واحكامه وان اخذوا المال ضمنوه واذا اتلفوه وعلى تقدير انهم قطاع ان قتلوا فقتلوا حدا فلا يقبل عفو الاولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت وقوله لما بينا اي من قوله لظهور حق العبد عند انتفاء الحد قوله ومن خنق رجلا حتى قتله لزمته الدية على عاقلته عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه ان شاء الله تعالى في الديات وظاهر انها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى انهما مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث كانت الالة فيها قصور يوجب التردد في انه قصد قتله بهذا الفعل او قصد المبالغة في ايلامه وادخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتمال لذلك فان خنق غير مرة قتل الآن لانه ظهر قصده الى القتل بالتحقيق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم استمر يعتمده ولانه صار ساعيا في الارض بالفساد وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل **فروع** نص في الاصل على ان العبد والمرأة في حكم قطع الطريق كغيرهما اما العبد فظاهر واما المرأة فكغيرها في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي لان الواجب قتل وقطع وهي كالرجل في جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها ذكر الكرخي ان حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هي المحاربة والمرأة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبي الا ترى ان في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوى بين الرجل والمرأة فكذا في العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يرد على هذا العبد فانه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد ولم يحد الصبيان والمجانين لعدم اهلية العقوبة وذلك لا يوجد في النساء وذكر هشام في نوادره عن ابي يوسف رحمه الله اذا قطع قوم الطريق ومعهم امرأة فباشرت المرأة القتل واخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم لا عليها وقال محمد يقام الحد عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة رحمه الله انه يدرأ عنهم جميعا لكون المرأة منهم وجعل المرأة كالصبي والعجب ممن يذكر هذه اعني كون المرأة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمه الله فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين عنهما رحمهما الله وترك نقل ما في المبسوط من انها كالرجال منسوب الى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كما ذكرنا وممن فعل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف في التجنيس وغيرهما مع ضعف الاوجه المذكورة في التفرقة مثل الفرق لضعف البنية في اصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته اطلاق الكتاب في المحاربين ولا قوة الا بالله وما في النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن واخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من انهن لسن بمحاربات وعلله رحمه الله بان المرأة اذا قاتلت العدو واسرت لم تقتل وانما قتلن لقتلهن والضمان لاخذهن المال ويثبت قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة وابو يوسف رحمه الله شرط مرتين كقوله في السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال ان كان اقر به معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع او الاقرار فلو شهد احدهما بالمعاينة والآخر على اقرارهم به لا تقبل ولا يقبل الشهادة بالقطع على اب الشاهد وان علا وابنه وان سفل ولو قالا قطعوا علينا وعلى اصحابنا واخذوا المال لا تقبل لانهما شهدا لانفسهما ولو شهدوا انهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف لا يقيم الحد عليهم الا بحضرة من الخصم ولو قطعوا في دار الحرب على تجار مستأمنين او في دار الاسلام في موضع غلب عليه اهل البغي ثم اتي بهم

كتاب السير

الى الامام لا يمضي عليهم الحد لانهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده وفي موضع لا يجري فيه حكمه فلم ينعقد فعلهم موجبا عليه الاقامة عليهم ولا لغيره ومثله تقدم في الزنا في دار الحرب ولو رفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال ضمنهم وسلمهم الى الاولياء للقود فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان الى قاض آخر لم يقم عليهم الحد اما لتقادم العهد وفيه نظر او لعدم الخصم وقد سقط حقوقهم بما فعل اليهم او لقضاء الاول فيتم بذلك لنفاذه اذ هو في فصل مجتهد فيه من تقرير الضمان واذا قضى القاضي عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب اجنبي فقتلهم لا شيء عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة اطرافه ولو قتله قبل الثبوت عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتص منه لانه قتل نفسا معصومة ثم لا يقضي القاضي بحل دمه بهذه البينة بعدما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا ان يكون القاتل ولي الذي قتله القاطع في قطع الطريق فلا يلزمه شيء لظهور انه استوفى حق نفسه ولو ان لصوصا اخذوا امتاع قوم فاستغاثوا القوم وخرجوا في طلبهم ان كانوا ارباب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم ان يقاتلوهم لان القتال لاسترداد للرد على ارباب الاموال ولا قدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شيء عليهم لانهم قتلوه لاجل مالهم فان فر منهم الى موضع لو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لاجل مالهم ولو فر رجل من القطاع فلحقوه وقد القى نفسه الى مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لان قتلهم اياه لا لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل ان يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب السير

اورد الجهاد عقيب الحدود وبعد ان تناسبهما بوجهين باتحاد المقصود من كل منهما من مضمون هذا الكتاب وهو اخلاء العالم عن الفساد ويكون كل منهما حسن لحسن غيره وذلك الغير وهو اعلاء كلمة الله تعالى تتادى بفعل نفس المامور به وهو القتال وسبب تاخيره عنهما الوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهاد اعظم كل فساد واقبحه والعادة في التعاليم الشروع فيها على وجه الترقي من الادنى الى ما هو اعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقديم ما يتعلق بالمسلمين اولى ولا يخفى ان له مناسبة خاصة بالعبادات فلذا اورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لانه عبادة محضة بخلاف النكاح والسير جمع سيرة وهي فعلة بكسر الفاء من السير فتكون لبيان هيئة السير وحالته لان فعلة لا هيئة كجلسة وخمرة وقد استعملت كذلك في السير المعنوي حيث قالوا في عمر بن عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين لكن غلب في لسان اهل الشرع على الطريق المامور بها في غزو الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو ايضا اعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم ان لم يقبلوا وفي غير كتب الفقه يقال كتاب المغازي وهو ايضا اعم لانه جمع مغزاة مصدرا سماعيا لغزى والا على الوحدة والقياس غزو وغزوة للوحدة كضربة وهو قصد العدو للقتال خص في عرفهم بقتال الكفار هذا وفضل الجهاد عظيم وكيف وحاصله بذل اعز المحبوبات وادخال اعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضاة الله وتقربا اليه تعالى بذلك واشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل على الدوام ومجانبة اهويتها ولذا قال صلى الله عليه وسلم وقد رجع من غزاة رجعنا من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر ويدل على هذا انه صلى الله عليه وسلم

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه

اخبر في التفضيلة عن الصلوة على وقتها في حديث ابن مسعود قلت يا رسول الله اي الاعمال افضل قال الصلوة على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله ولو استزدته لزادني رواه البخاري وقد جاء انه جعله افضل بعد الايمان في حديث ابي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم اي العمل افضل قال الايمان بالله ورسوله قيل ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله قيل ثم ماذا قال حج مبرور متفق عليه وهذه وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما يحمل على ما يليق بحال السائل فاذا كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من تهيئته له واستعداده زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه افضل ممن ليس مثله في الجلادة والغناء وفيه نظر لان المذكور في الحديث السابق الصلوة على وقتها وتلك هي الفرائض وفي هذا لا يتردد في ان المواظبة على اداء فرائض الصلوة واخذ النفس بها في اوقاتها على ما هو المراد من قوله الصلوة على ميقاتها افضل من الجهاد لان هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك ولان افتراض الجهاد ليس الا لايمان واقامة الصلوة فكان مقصودا حسنا لغيره بخلاف الصلوة حسنة لعينها وهي المقصود منه على ما صرح به صلى الله عليه وسلم في حديث معاذ وفيه طول الى ان قال والذي نفس محمد بيده ما شحب وجه ولا اغبرت قدم في عمل يبتغي به درجات الاخرة بعد الصلوة المفروضة كجهاد في سبيل الله صححه الترمذي واذا لا شك في هذا عندنا وجب ان نعتبر كل من الصلوة والزكوة مرادة بلفظ الايمان في حديث ابي هريرة ويكون من عموم المجاز او يرجح بزيادة فقه الراوي وهو ابن مسعود رض وبما عضده من الاحاديث السابقة والحق انه ليس فيه معارضة لانه لم يذكر الصلوة فيه اصلا فانما فيه انه جعل الجهاد بعد الايمان وهو يصدق اذا كان بعد الصلوة وهي قبله بعد الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود ومن الاحاديث في ذلك ما عن عمران بن حصين رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل في الصف في سبيل الله افضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة رواه الحاكم وقال على شرط البخاري وعن ابي هريرة قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد في سبيل الله قال لا تستطيعونه فاعادوا عليه مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا تستطيعونه ثم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر من صلوة ولا صيام حتى يرجع المجاهد في سبيل الله متفق عليه وعن ابي هريرة رضي الله عنه من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيمة رواه البخاري ومن توابع الجهاد الرباط وهو الاقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى والاحاديث في فضله كثيرة منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رض سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وان مات فيه اجري عليه عمله الذي كان يعمل واجري عليه رزقه وامن الفتان رواه مسلم وزاد الطبراني وبعث يوم القيمة شهيدا وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع ومن مات مرابطا امن من الفزع الاكبر ولفظ ابن ماجة بسند صحيح عن ابي هريرة وبعثه الله يوم القيمة آمنا من الفزع وعن ابي امامة عنه صلى الله عليه وسلم قال ان صلوة المرابط تعدل خمسمائة صلوة ونفقة الدينار والدرهم منه افضل من سبعمائة دينار ينفقه في غيره هذا واختلف المشائخ في المحل الذي يتحقق فيه الرباط فانه لا يتحقق في كل مكان ففي النوازل ان يكون في موضع لا يكون وراءه اسلام لان ما دونه لو كان رباطا فكل المسلمين في بلادهم مرابطون وقال بعضهم اذا اغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع

قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين
كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية
لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد فى نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض
سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام فان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان فى
اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض
الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية وقال فى الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين فى سعة حتى يحتاج اليهم
فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل

تميم

رباطا الى اربعين سنة واذا اغار مرتين يكون رباطا الى مائة وعشرين سنة واذا اغار ثلث مرات يكون رباطا الى يوم
قال فى الفتاوى الكبرى والمختار هو الاول واعلم ان ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر فى حديث عن معاذ بن انس
عنه صلى الله عليه وسلم من حرس من وراء المسلمين فى سبيل الله تبارك وتعالى متطوعا لا ياخذه سلطان لم ير النار بعينه
الا تحلة القسم فان الله تعالى يقول وان منكم الا واردها رواه ابو يعلى وفيه محتمل فى الشائبات وليس يستلزم كون ذلك باعتبار
المكان فقد وردت احاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة فى سبيل الله ولنختم هذه المقدمة بحديث البخارى عن ابى هريرة عنه
قال تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة زاد فى رواية وعبد القطيفة ان اعطى رضى وان لم يعط سخط تعس وانتكس واذا
شيك فلا انتقش طوبى لعبد اخذ بعنان فرسه فى سبيل الله اشعث راسه مغبرة قدماه ان كان فى الحراسة كان فى الحراسة وان
كان فى الساقة كان فى الساقة ان استاذن لم يؤذن وان شفع لم يشفع له قوله الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن
الباقين وهذا وقع موقع تفسير فرض الكفاية اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر وقوله
تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله
تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم فى سبيل الله وقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله
وبهذه ينتفى ما نقل عن الثورى وغيره انه ليس بفرض وان الامر به للندب وكذا كتب عليكم لقوله كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك
خيرا الوصية ونقل عن ابن عمر رضى الله عنهما ويجب حمله ان صح على انه ليس بفرض عين فان قلت كيف يثبت الفرض وهى عمومات مخصوصة والعام
المخصوص ظنى الدلالة وبه لا يثبت الفرض فالجواب ان المخرج منه الصبيان والمجانين مخصوصة بالعقل على ما عرف وبالتخصيص
به لا يصير العام ظنيا واما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك ان النص مقرون بما يفيد ذلك ونحوه
من حيث يحارب كقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فافاد ان قتالنا المامور به جزاء لقتالهم ومسبب عنه وكذا
قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اى لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالاكراه بالضرب والقتل كان اهل مكة يفتنون من اسلم
بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرف فى السير فامر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه فكان الامر
ابتداء القتال من حيث يحارب من المشركين وقد اكد هذا قوله صلى الله عليه وآله وسلم فى بعض الروايات الصحيحة بحديث النهى عن قتل النساء حين راى المقتولة وعلله بقوله ما كانت هذه
تقاتل واما قوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيمة فدليل على وجوبه وانه لا ينسخ وهذا لان الخبر الواحد لا يفيد الافتراض وقول صاحب
الايضاح اذا تايد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد حينئذ الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما والحديث
رواه ابو داود من حديث انس قال قال صلى الله عليه وسلم من حديث والجهاد ماض منذ بعثنى الله الى ان يقاتل آخر امتى الدجال
لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار وفيه يزيد ابن ابى نشبة من بنى سليم لم يروِ عنه الا جعفر بن برقان وعن هذا والله اعلم
قال المنذرى هو فى معنى المجهول ولا شك ان اجماع الامة ان الجهاد ماض الى يوم القيمة فلا تتصور نسخه بعد النبى صلى الله عليه وسلم
وانه لا قائل ان بقتال آخر الامة الدجال ينتهى وجوب الجهاد واما كونه على الكفاية فلان المقصود ليس مجرد ابتلاء المكلفين بل اعزاز الدين

وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات.

ودفع شر الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الباقين لحصول ما هو المقصود منه كصلوة الجنازة المقصود منها قضاء حق الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب الى انه فرض عين تمسكا بعين الادلة المذكورة فان قلت ما ثبت فرض الاعيان قلنا نعم لولا قوله تعالى لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر والمجاهدون الاية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين اجرا عظيما ولانه لو كان فرضا عينا لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والجالب بالتجارة ويستلزم قطع مادة الجهاد من الكراع يعني الخيل والسلاح والاقوات فيؤدي ايجابه على الكل الى تركه للعجز فلزم ان يجب على الكفاية ولا يخفى ان لزوم ما ذكر انما يثبت اذا لزم في كونه فرض عين ان يخرج الكل من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالحج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد ان يخرج فيخرج مرة طائفة وفي مرة طائفة اخرى وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمعول عليه في ذلك نص لا يستوي القاعدون ثم هذا اذا لم يكن النفير عاما فان كان بان هجموا على بلدة من بلاد المسلمين فيصير من فروض الاعيان سواء كان المستنفر عدلا او فاسقا فيجب على جميع اهل تلك البلدة النفر وكذا من يقرب منهم ان لم يكن باهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب ان لم يكن ممن يقرب كفاية او تكاسلوا وعصوا وهكذا الى ان يجب على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا كجهاز الميت والصلوة عليه يجب اولا على اهل محلته فان لم يفعلوا عجزا وجب على من ببلدهم على ما ذكرنا هكذا ذكروا وكان معناه اذا دام الحرب بقدر ما يصل الابعدون وبلغهم الخبر والا فهو تكليف ما لا يطاق بخلاف انفاذ الاسير وجوبه على الكل متجه من اهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب ان لا ياثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم او قعود السلطان او منعه واستدل على ذلك بقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا قيل المراد به ركبانا ومشاة وقيل شبابا وشيوخا وقيل عزابا ومتزوجين وقيل اغنياء وفقراء وينبغي ان يقال قول اخر وهي كل من هذه اي انفروا مع كل حال من هذه الاحوال وحاصله انه لم يعذر احد ان فاد العينية وفيه نظر لان الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعينها العينية بل الحق ان هذه الاية وما تقدم من الايات كلها لافادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالاية المتقدمة واما العينية في النفير العام فالاجماع لانه من اغاثة الملهوف والمظلوم هذا من جهة الدراية ثم ذكر الرواية وهو قول محمد رح الجهاد واجب وانتم في سعة من تركه حتى يحتاج اليهم قال فاول هذا الكلام يعني قوله واجب وانتم في سعة من تركه اشارة الى الوجوب على الكفاية فانه لو تعين على الكل او على البعض لم يكن واجبا فهو ترك البعض واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم يفيد العينية اذ صار الحاصل لانه واجب يسع البعض تركه الا ان يحتاج الى الكل ولا بد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف اما الذي يقدر على الخروج دون الدفع ينبغي ان يخرج لتكثير السواد فان فيه ارهابا ولفظ النفر والنفير اذا خرجوا قوله وقتال الكفار الذين لم يسلموا وهم من مشركي العرب او لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم واجب وان لم يبدؤنا لان الادلة الموجبة له لم تقيد الوجوب ببدائتهم وهذا معنى قولهم للعمومات لا عموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب على كل واحد فقط على اطلاق العمومات في بدائتهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثوري والزمان الخاص كالاشهر الحرم وغيرها خلافا لعطاء ولقد استبعد ما عن الثوري وتمسكه بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه نسخه وصريح قوله في الصحيحين وغيرهما امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث يوجب ان يبدأهم بادني تامل وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من ذي الحجة الى اخر المحرم

ولا يجب الجهاد على الصبي لان الصبا مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فئ لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من صفوان وعمر رض كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

او الى شهر وقد يستدل على نسخ الحرمة في الاشهر الحرم بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على التجوز بلفظ حيث في الزمان ولا شك انه كثر في الاستعمال **قوله** ولا يجب الجهاد على صبي الخ الوجه الظاهر ان يقال لانه غير مكلف وفي الصحيحين عن ابن عمر رض عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج باذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه ومعنى هذا الكلام ان حق السيد والزوج حق متعين باذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة فلو تعلق بهما الجهاد لزم الطلاق فعله لهما وطلاقه يستلزم اطلاق ترك حق المولى والزوج فلو تعلق بهم لزمه ابطال حق جعله الله متعينا للحق الذي جعله متعينا عليه وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب وعلى هذا التقدير يكونون مخصوصين من العمومات لدليل مقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لان حقوقهم لا تظهر في حق فروض الاعيان فلم لو امر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب ان يصير فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لان طاعتهما المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وانما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والفرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام ومن هذا حرم الخروج الى الجهاد واحد الابوين كاره لان طاعة كل منهما فرض عليه والجهاد لم يتعين عليه كما قدمنا مع ان في خصوصه احاديث منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمر رض جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذنه فقال احي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وقدمنا من صحيح الحاكم حديث ابن مسعود وقدم فيه بر الوالدين على الجهاد وفي سنن ابي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت ابايعك على الهجرة وتركت ابوي يبكيان فقال ارجع اليهما فاضحكهما كما ابكيتهما وفيه عن الخدري ان رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك احد باليمن قال ابواي قال اذنا لك قال لا قال فارجع فاستأذنهما فان اذنا لك فجاهد والا فبرهما واما الاعمى والاقطع فقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله والمقعد الاعرج قاله في ديوان الادب **قوله** ويكره الجعل يريد بالجعل هنا ان يكلف الامام للناس بان يقوي بعضهم بعضا بالكراع والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد ما دام للمسلمين فئ وهو المال الماخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية واما الماخوذ بقتال فيسمى غنيمة لانه لا ضرورة عليه فان بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهة على الامام بخصوصه والوجه الآخر وهو ان الجعل يشبه الاجرة وحقيقة الاجرة على الطاعة حرام فما يشبهها مكروه يوجبها على الغازي وعلى الامام كراهة تشبيه في المكروه حقيقة الجعل ما يجعل للانسان في مقابلة شيء يفعله واعلم ان مقتضى النظر ان النفقة يجب في مال الكفار لانه هو سببها ومرتبة من المال الذي فيكون كالخراج ان وجب تجهيزهم من بيت المال على الامام اذا لم يقدروا على الجهاد فاضلا عن حاجتهم وعيالهم ان كانوا ممن يعطيهم استحقاقهم من بيت المال بعد ان يكون في ذلك غير كاف للجهاد مع حاجة المقام اما اذا لم يكن في بيت المال فئ لا نكره ان يكلف الامام الناس ذلك على نسبة عدل لان به دفع الضرر الاعلى وهو تعدي شر الكفار الى المسلمين بالحاق الضرر الادنى وانما نسب لهذا بانه صلى الله عليه وسلم اخذ دروعا من صفوان بن امية وبان عمر رض كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد اما قصة صفوان فلا شك ان النبي صلى الله عليه وسلم ارسل يطلب منه

باب كيفية القتال

وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصنا دعوهم إلى الإسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم إلى الإسلام فإن أجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله الحديث وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية به أمر رسول الله عليه السلام أمراء الجيوش ولأنه أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالإعطاء المذكور في القرآن والله أعلم ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه لقوله عليه السلام في وصية أمراء الأجناد فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار ولا يجب ذلك لأنه صح أن النبي عليه السلام أغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد إلى أسامة رضي الله عنه أن يغير على أبنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة

أدرعا عند خروجه إلى حنين ففي سيرة ابن إسحق أربع مائة درع وكان صفوان إذ ذاك على شركه فإنه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يسيره شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سيرتك أربعة أشهر ثم عرض الخروج من مكة إلى حنين فأرسل يطلب ذلك فقال يا محمد أغصبا قال لا بل عارية مضمونة فقبضها ثم استحمله بإبلها على ما أتى بعير وفي مسند أحمد قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي عليه السلام أن يضمنها فقال لا أنا اليوم في الإسلام أرغب وهذا لا يطابق لنفس المدعى وهو تكليف الإمام المسلمين بأن يعينوا الخارجين ولا يفيد ذلك إلا الالتزام فإن ما فعله الإمام في المتكلم فيه لا يأخذ على أن يضمنه لهم من بيت المال نعم فيه أن عند الحاجة يتوسل إلى الجهاز إذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعارة من أهل الذمة بشرط الضمان لهم وأما عن عمر رضي الله عنه فظاهر فيه لأن معنى تعريته عنه ليس إلا أنه يأخذ الجهاز منه وإلا فهو غاز عن نفسه وإن أعطاه من بيت المال وأما قوله ويعطي الشاخص من القاعد فصريح فيه والحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمر الواقدي بسنده عن عمر رضي الله عنه كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس المقيم وروى ابن أبي شيبة ثنا حفص بن غياث عن عاصم عن أبي مجلد قال كان عمر رضي الله عنه يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر

باب كيفية القتال لما ذكر أن القتال لازم فلا بد أن يفعله وفعله على حد محدود وشرعا فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال إذا دخل المسلمون دار الحرب يصح أن يكون عطفا على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وأن يكون واو استيناف فحاصروا مدينة وهي البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان أقام به أو حصنا وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل إلى ما في جوفه دعوهم إلى الإسلام فإن لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لأنه صلى الله عليه وسلم أمر بذلك أمراء الأجناد فمن ذلك ما أخرج الجماعة إلا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه وألفاظ بعضهم تزيد على بعض في تخليف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث أو خلال فأيتهن ما أجابوك إليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل منهم فكف عنهم ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين وأعلمهم أن فعلوا ذلك أن لهم ما للمهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين فإن أبوا أن يتحولوا منها فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب إلا أن يجاهدوا مع المسلمين فإن هم أبوا فسألهم الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فإنكم أن تخفروا ذممكم وذمة أصحابكم خير من أن تخفروا ذمة الله وذمة نبيه وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم وفي الأحاديث في ذلك كثرة وفي نفس هذا الحكم شهرة وإجماع ولأن بالدعوة يعلمون أنا ما نقاتلهم على أخذ أموالهم وسبي عيالهم فربما يجيبون إلى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام وأما حديث ابن عباس رضي الله عنه المذكور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن

قال فان ابوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة **قال** وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا

ابن ابي نجيح عن ابيه عن ابن عباس قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم رواه الحاكم وصححه قوله ولو قاتلهم قبل الدعوة اثموا ولكن لا غرامة بما اتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان وذلك لانتفاء العاصم وهو الاسلام والاحراز بدار الحرب وفي المحيط بلوغ الدعوة حقيقة او حكما بان استفاض شرقا وغربا انهم الى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فاقيم ظهورها مقامها انتهى ولا شك في ان بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الامر فيجب ان المدار عليه ظن ان هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن تستحب اما عدم الوجوب فلما في الصحيحين عن ابن عون كتبت الى نافع اسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك في اول الاسلام قد اغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحارث حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش وروى ابو داود وغيره عن اسامة بن زيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال اغر على ابنى صباحا وحرق والغارة لا تكون مع دعوة وابنى بوزن حبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ويقال يبنى بياء مضمومة آخر الحروف وقيل اسم قبيلة واما الاستحباب فلان التكرار قد يجدي المقصود فينعدم الضرر الاعلى وقيد هذا الاستحباب بان لا يتضمن ضررا بان يعلم بانهم بالدعوة يستعدون او يحتالون او يتحصنون وغلبة الظن في ذلك بما يظهر من احوالهم كالعلم بل هو المراد او حقيقة يتعذر الوقوف عليها فان اجابت المدعو وغيره الى الاسلام فلا اشكال والحديث المشهور جعله غاية الامر بالقتال حيث قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية بهذا امر عم امراء الاجناد وقد ذكرناه من حديث بريدة ولانه اخر ما ينتهي اليه القتال كما نطق به النص قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وهذا ان لم يكونوا مرتدين ولا مشركي العرب فان هؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف على ما سيتضح فان بذلوها اي قبلوها وكذا هو المراد بالاعطاء المذكور في القرآن بالاجماع وقد قال علي رض انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والاحاديث في هذا كثيرة بل هو من الضروريات يعني حديث علي رواه الشافعي في مسنده اخبرنا محمد بن الحسن الشيباني انبانا قيس بن الربيع الاسدي عن ابان بن تغلب عن الحسين بن ميمون عن ابي الجنوب قال قال علي من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا وضعف الدارقطني ابا الجنوب قوله فان ابوا استعانوا عليهم بالله وحاربوهم لقوله عم في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم فتقدم الحديث بطوله والكلام عليه والمدمر المهلك فيستعان بالله في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف على ما في الترمذي مفصلا فانه قال قال قتيبة حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد ان النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف قلت لوكيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمر بن هارون ورواه ابو داود في المراسيل عن مكحول مرسلا وكذا رواه ابن سعد في الطبقات وزاد اربعين يوما وذكره الواقدي في المغازي وذكر ان الذي اشار به سلمان الفارسي وحرقهم لانه عم احرق البويرة على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر رض قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وقطع وهي البويرة

ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان فى الرمى دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمى الكفار لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوا منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد فمبنى على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان

اسم لنخل بنى النضير ولها يقول حسان بن ثابت وهان على سراة بنى لؤى حريق بالبويرة مستطير ولان المقصود كبت اعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع الاشجار وافساد الزرع هذا اذا لم يغلب على الظن انهم ماخوذون بغير ذلك فان كان الظاهر انهم مغلوبون وان الفتح باد كره ذلك لانه افساد فى غير محل الحاجة وما ابيح الا لها قوله ولا باس برميهم وان كان فيهم اسيرا وتاجر ولو تترسوا باسارى المسلمين وصبيانهم سواء علم انهم ان كفوا عن رميهم انهزم المسلمون او لم يعلم ذلك الا انه لا يقصد برميهم الا الكفار فان اصيب احد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الائمة الثلاثة لا يجوز رميهم فى صورة التترس الا اذا كان فى الكف عنهم فى هذه الحالة انهزام المسلمين وهو قول الحسن ابن زياد فان رموا واصيب احد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة وعند الشافعى فيه الكفارة قولا واحدا وفى الدية قولان وقال ابو اسحق ان قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلما او لم يعلمه لقوله عليه السلام ليس فى السلام دم مفرج وان لم يقصده بعينه بل رمى الى الصف فاصيب فلا دية عليه واما الاول فلان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم اولى لان مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه الاطلاق امران الاول انا امرنا بقتالهم مطلقا ولو اعتبر هذا المعنى انسد بابه لان حصنا ما او مدينة قلما تخلو عن مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة او حصن عادة اهدار اعتبار وجوده فيه وصار كرميهم مع العلم بوجود اولادهم ونسائهم فانه يجوز اجماعا مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع غير ان الواجب ان لا يقصد بالرمى الا الكافر لان قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما اذا لم يعرض هو ما اذا فتحت البلدة قال محمد اذا فتح الامام بلدة ومعلوم ان فيها مسلما او ذميا لا يحل قتل احد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم او الذمى الا انه قال ولو اخرج واحد من عرض الناس حل اذ ذاك قتل الباقى لجواز كون المخرج هو ذاك فصار فى كون المسلم فى الباقين شك بخلاف الحالة الاولى فان كون المسلم او الذمى فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثانى ان فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام باثبات الضرر الخاص وهو واجب ثم ان المصنف اجال وجه مسئلة التترس على وجهى مسئلة ما اذا كان فيهم اسير مسلم او تاجر وقد يقال ان سلم انه لا يخلو اهل حصن عن تاجر او اسير فاطلاق افتراض القتال اهدار لاعتباره ما لا يخاف فلا نسلم انه لا تخلو اهل حصن ان يتترسوا بالمسلمين ليكون اطلاق الافتراض اهدارا لحرمته الرمى فان المشاهدة نفيه فوجب ان يتقيد بما اذا لم يفض الى قتل المسلم غالبا واما قوله انه دفع الضرر العام بالحاق الضرر الخاص فقد يقال ان ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرم فحل الرمى عند ذلك ولم يتقيد به واعلم ان المراد ان كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام اى مجتمعهم ان لم يحصل فيه الظفر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تامل وبتقديره هو ضرر خفيف اشد منه قتل مسلم فى غالب الظن وانما يكون الضرر العام متعينا اذا كان فيه هزيمتهم ونحوها فان قيل لم لم تلزم الدية اذا اصيب مسلم مع قوله عليه السلام ليس فى الاسلام دم مفرج اى مهدر اجيب بانه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكر من قوله لان الفرض لا يقرن بالغرامات كما ذكرنا فيما لو مات من عزره القاضى او حده انه لا دية فيه لان القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة والا امتنع عن الاقامة بخلاف المضطر حالة المخمصة لانه لا يمتنع عن الاكل مخافة الضمان لان فى الامتناع هلاك نفسه والضمان اخف عليه من هلاكها فلا تمتنع اما الجهاد فمبنى على اتلاف

قال ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا بأس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة فاما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو على بلد للضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر هو المنقول ل

نفسه فيمتنع بمداره واعلم ان المذهب عندنا في المضطر انه لا يجب عليه اكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح فتقييد بشرط السلامة كالمرور في الطريق فلا حاجة الى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد في نفي الضمان **قوله** ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف منهم لما قال المصنف وهو التاويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن الى ارض العدو وهذا الحديث رواه الستة الا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهو التاويل الصحيح احتراز عما ذكر فخر الاسلام عن ابي الحسن القمي والصدر الشهيد عن الطحاوي ان ذلك انما كان عند قلة المصاحف كيلا ينقطع عن ايدي الناس واما اليوم فلا يكره اذ التاويل الصحيح ما ذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوي الحديث فان ابا داود وابن ماجة زاد بعد قوله الى ارض العدو قال مالك اراه ذلك مخافة ان يناله العدو والحق انها من قول النبي صلى الله عليه وسلم على ما اخرجه مسلم وابن ماجة عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان ينهى ان يسافر بالقرآن الى ارض العدو مخافة ان يناله العدو واخرجه مسلم عن ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن فاني لا آمن ان يناله العدو وفي رواية لمسلم فاني اخاف فكذا احكم القرطبي والنووي انها من قول النبي صلى الله عليه وسلم وغلطا من زعم انها من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تاويله او شك في سماعه اياها وفي فتاوى قاضيخان قال ابو حنيفة اقل السرية اربعمائة واقل العسكر اربعة آلاف وفي المبسوط السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى كان المراد من شانهم ذلك والا فقد لا يكمنون وكانه ماخوذ من السري وهو السير ليلا فكان الاولى ان يقال بعد قوله يؤمن عليه ويكره اخراجه فيما ليس كذلك فان الانتقال من العسكر العظيم الى السرية طفرة كبيرة ليست مناسبة والذي يؤمن عليه في توغله في دار الحرب ليس الا العسكر العظيم وينبغي كونه اثني عشر الفا لما روي انه عليه السلام قال لن تغلب اثنا عشر الفا من قلة وهو اكثر ما روي فيه هذا باعتباره احوط هذا مذهبنا ومذهب الشافعي ومذهب مالك اطلاق المنع اخذا باطلاق الحديث قال القرطبي لا فرق بين الجيش واليسير اي عملا باطلاق النص وهو وان كان نيل العدو له في الجيش العظيم نادرا فنسيانه وسقوطه ليس بنادر وانت علمت ان العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله غيظا بما فلنته فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر للحفظ الباعث عليه وذلك ان حمله لا يكون الا ممن يخاف نسيان القرآن فياخذه ليتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه ايضا كذلك ذكره في المحيط معزوا الى السير الكبير فكتب الحديث اولى ثم الاولى في اخراج النساء العجائز للطب والمداواة والسقي دون الشواب ولو احتيج الى المباضعة فالاولى اخراج الاماء دون الحرائر ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة وقد قاتلت ام سليم يوم حنين واقرها عليه الصلاة والسلام حيث قال لمقامها خير من مقام فلان وفلان يعني بعض المنهزمين **قوله** ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا من تقدم حق الزوج والمولى الا ان يهجم العدو على ما تقدم **قوله** وينبغي للمسلمين ان يحرم عليهم ان يغدروا او يغلوا او يمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة ونقض العهد **قوله** لقوله عليه الصلاة والسلام لا تغلوا

ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت

الخ تقدم في حديث بريدة وقوله عليه الصلوة والسلام ولا تمثلوا اي المثلة يقال مثلت بالرجل بوزن ضربت امثل به بوزن انصر مثلا ومثلة اذا سودت وجهه او قطعت انفه ونحوه ذكره في الفائق وقول المصنف والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر هو المنقول وقد اختلف العلماء في ذلك فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة في لفظ في الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال فحدثني ابن سيرين ان ذلك قبل ان تنزل الحدود وفي لفظ للبيهقي قال انس رض ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة الا نهى فيها عن المثلة وقال ابو الفتح اليعمري في سيرته من الناس من ابى ذلك الى ان قال وليس فيها يعني اية الحرابة اكثر مما يشعر به لفظة انما من الاقتصار في حد الحرابة على ما في الاية واما من زاد على الحرابة جنايات آخر كما فعل هولاء كما ذكر ابن سعد في خبرهم انهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينيه حتى مات فليس في الآية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثلة والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء في صحيح مسلم انما سمل النبي صلى الله عليه وسلم اعينهم لانهم سملوا اعين الرعاء ولو ان شخصا جنى على قوم جنايات في اعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التسوية الذي حصل له من المثلة وقال ذكر البغوي في سبب نزولها يعني اية الجزاء سببا اخر واذا اختلفت في سبب نزول الآية اقوال وتطرق اليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا القول ان المثلة بمن مثل جزاء ثابتة لم تنسخ والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثله لا تحل الا انها منسوخة لم تشرع اولا لان ما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعي ولا شك ان قوله لا تمثلوا على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها اما ان يكون متاخرا عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها او لا يدري فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم قول فيتقدم المحرم وكلما تعارض نصان ورجح احدهما اقتضى الحكم بنسخ الاخر ورواية انس صريح فيه واما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بان قطع انف رجل واذني رجل وفقأ عيني اخر وقطع يدي اخر ورجلي اخر فلا شك انه يجب القصاص لكل واحد اذا الحقه لكنه يجب ان يستانى بكل قصاص بعد الذي قبله الى ان يبرأ منه وح يصير هذا الرجل ممثلا به اي مثلة ضمنا لا قصدا وانما يظهر اثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ ان يقتل به ابتداء ولا يمثل به ثم لا يخفى ان هذا بعد الظفر والنصر اما قبل ذلك فلا باس به اذا وقع قتالا كمبارز ضرب فقطع اذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم ينته فضرب فقطع انفه ويده ونحو ذلك قوله ولا تقتلوا امراة ولا صبيا اخرج الستة الا النسائي عن ابن عمر رض ان امراة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان واخرج ابو داود عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا بسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امراة ولا تغلوا وضموا غنائمكم واصلحوا واحسنوا ان الله يحب المحسنين وفيه خالد بن الفزر قال ابن معين ليس بذلك وما معارضته بما اخرج ابو داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم فاضعف منه ثم هو على اصول كثيرة من الناس لا معارضة بل يجب ان يخص الشيوخ بغير الفاني فان المذكور في ذلك لحديث الشيخ الفاني ليخص العام مطلقا بالخاص نعم يعارض ظاهرا ما اخرج الستة عن الصعب بن جثامة انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم فقال عليه الصلوة والسلام

قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب او تكون المرأة ملكة لتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتلوا مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبى والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقاب لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو فى حال افاقته كالصحيح

ـسم منهم هو فى لفظه هم من آبائهم فيجب دفعا للمعارضة حمله على مورد السؤال وهم المبيتون وذلك ان فيه ضرورة عدم العلم والتعمد الى الصغار بانفسهم لان التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو المسمى فى عرفنا بالكبسة وربما الظن الا ان حرمة قتل النساء والصبيان اجماع فاما الحديث الذى ذكره المص انه عليه الصلوة والسلام راى امراة مقتولة فهو ما رواه ابو داؤد والنسائى عن ابن الوليد الطيالسى عن عمر بن المرقع بن صيفى حدثنى ابى عن جده رباح بن الربيع بن صيفى قال كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى غزوة فراى الناس مجتمعين على شئ فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء فجاء رجل فقال امراة قتيل فقال ما كانت هذه لتقاتل وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتل امراة ولا عسيفا واخرجه النسائى ايضا وابن ماجه عن المغيرة بن عبد الرحمن عن ابى الزناد عن المرقع وكذا احمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والحاكم فى المستدرك وفى لفظه فقال هاه ما كانت هذه تقاتل ثم قال الحاكم هكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن ابى الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين وهاه كلمة زجر والهاء الثانية للسكت واذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة فى قوله ما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من انه معلول بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس اياه ومنع قتل النساء والصبيان واليابس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة اخرى للقتل هؤلاء وهو المراد بقول المص والحجة عليه اى على الشافعى ما بيناه يعنى من عدم قتل يابس الشق لكن هذا الالزام على احد القولين له فانه ذكر فى شرح الوجيز وفى الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوعى الايدى والارجل قولان فى قول يجوز قتلهم وبه قال احمد فى رواية لعموم اقتلوا المشركين وروى عنه عليه الصلوة والسلام اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم ولانهم كفار والكفر مبيح للقتل وفى قول لا يجوز وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد فى رواية ذكرنا من الحديث المانع من قتل الشيخ الفانى قال والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين فى معناه وعن ابى بكر انه اوصى يزيد بن ابى سفيان حين بعثه الى الشام فقال لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ الخبر انتهى وانت تعلم ان قوله تعالى اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذمى والنساء والصبيان فجاز تخصيص الشيخ الفانى ومن ذكر المص بالقياس لو لم يكن فيه خبر فكيف منهم ما سمعت بل ما قدمنا من ان النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما يرجع اليه واما حديث الشيوخ فتقدم انه ضعيف بالانقطاع عندهم وبالحجاج بن ارطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على اصولهم واما قول المص صح انه عليه الصلوة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذرارى فالمراد بالذرارى النساء من اسم السبب فى المسبب قال فى العرنيين وفى الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا اى امراة ولا اجيرا ثم المراد بالشيخ الفانى الذى لا يقتل من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الاحبال لانه يجى منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكره فى الذخيرة وزاد الشيخ ابو بكر الرازى فى كتاب المرتد من شرح الطحاوى انه اذا كان كامل العقل نقتله ومثله يقتل اذا ارتد والذى لا نقتله الشيخ الفانى الذى خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا اذا ارتد قال واما الرهبان فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم اذا راى الامام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد ان يكونوا عقلاء ونقتلهم ايضا اذا ارتدوا انتهى ولا نقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ويقتل اقطع اليد اليسرى او احدى الرجلين وان لم يقاتل قوله الا ان يكون احد هؤلاء استثناء من حكم عدم القتل ولا خلاف فى هذا الا وصح امره عليه الصلوة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما او اكثر فقد عمى لما جئ به فى جيش هوازن الراى

ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس به لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ووادع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به

وكذا ليس من قاتل من كل من قلنا انه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة الا ان الصبي والمجنون يقتلان في حال قتالهما اما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فانهم يقتلون اذا قاتلوا بعد الاسر والمرأة الملكة تقتل وان لم تقاتل وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك لان في قتل الملك كسر شوكتهم وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا اهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا قتلوا كالقسيس والذي يجن ويفيق يقتل في حال افاقته وان لم تقاتل **قوله** ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين او جدا وامه اذا قاتلت او جدته بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين ولو مشركين لقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم الآية ولانه يجب عليه الاتفاق لاحيائه فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه اي ادرك الاب الابن ليقتله والابن قادر على قتله امتنع الابن على الاب بغير القتل بل يشغله بالمحاولة بان يعرقب فرسه او يطرحه عن فرسه ويلجئه الى مكان ولا ينبغي ان ينصرف عنه ويتركه لانه يصير حربا علينا بل يلجئه الى ان يفعل ما ذكرناه لا يدعه ان يهرب الى ان يجيء من يقتله فاما ان لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه الا بالقتل فليقتله لانه لو كان مسلما اراد قتل ابنه ولا يمكن من التخلص منه الا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهنا اولى ولو كانا في سفر وعطشا ومع الابن ما يكفي النجاة احدهما كان للابن شربه ولو كان الاب يموت وينبغي انه لو سمع اباه المشرك يذكر الله ورسوله بسوء ان يكون له قتله لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح قتل اباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يكره للاب قتل ابنه المشرك وكذا سائر القرابات عندنا كالعم والخال مباح قتلهم ولا مناقضة لان نفقة ذوي الارحام عندنا لا تجب للمسلمين منهم بخلاف القرابات البغاة يكره ان يبتدئهم كالاب واما في الرجم اذا كان الابن احد الشهود فيبتدئ بالرجم ولا يقصد قتله بان يرميه مثلا بحصاة

باب الموادعة ومن يجوز امانه المواد عة المسالمة وهو جهاد معنى لا صورة فاخره عن الجهاد صورة ومعنى وما قيل لانه ترك الجهاد وترك الشئ يقتضي سبق وجوده فغير صحيح بل تحقق ترك الزنا وسائر المعاصي ممن لم يوجد منه اصلا ويثاب على ذلك وهو مكلف به كما في جميع عمره والا كان تكليفا بالمحال

قوله واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم بمال وبلا مال وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله الآية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة المسلمين في ذلك بآية اخرى هي قوله تعالى فلا تهنوا ولا تدعوا الى السلم وانتم الاعلون فاما اذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفي السلم بكسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ومنه قوله تعالى والقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول انها اما منسوخة ان كانت الثانية بعدها اي نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة او المعارضة في حالة عدم وجود المصلحة ان لم يعلم ترجح مقتضى المنع اعني آية فلا تهنوا كما هو القواعد في تقديم المحرم واما حديث موادعته عليه الصلوة والسلام اهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بان الصحيح عند اصحاب المغازي انها سنتان كذا ذكره معتمر بن سليمان عن ابيه وليس بلازم لان الحاصل ان اهل النقل مختلفون في ذلك فوقع في سيرة موسى بن عقبة انها كانت سنتين اخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسلا ثم قال البيهقي وقولها سنتين يريدان بقاءه سنتين الى ان نقض المشركون عهدهم وخرج النبي صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة واما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فينبغي ان يكون المحفوظ ما رواه

ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى إلى ما زاد عليها بخلاف ما إذا لم يكن خيرا لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع
نبذ إليهم وقاتلهم لأنه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وإيفاء العهد ترك
الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جميعهم ويكتفى في ذلك
بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته لأن بذلك ينتفي الغدر **قال** وإن بدءوا بالخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان
ذلك باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون
نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لأنه بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم
غيرهم حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لأنه باتفاقهم معنى

محمد بن إسحق وهو عشر سنين انتهى وما ذكره عن ابن إسحق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير أن تعقبه ورواه أبو داود من
حديث محمد بن إسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم أنهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن
فيها الناس وعلى أن بيننا عيبة مكفوفة وأنه لا إسلال ولا إغلال ورواه أحمد في مسنده مطولا بقصة الفتح حدثنا يزيد بن هارون أنبأنا ابن
إسحق فساقه إلى أن قال على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم بعضا وكذا رواه الواقدي في المغازي حدثني
ابن أبي سبرة عن إسحق بن عبد الله بن أبي فروة عن واقد بن عمرو فذكر قصة الحديبية أنها إن قال على وضع الحرب عشر سنين الخ والوجه
الذي ذكره البيهقي وجه حسن به تنتفي المعارضة فيجب اعتباره فإن الكل اتفقوا على أن سبب الفتح كان نقض قريش العهد
حيث أعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا في حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في مدة الصلح فرفع الخلاف ظاهرا بأن مراد من
قال سنتين أن بقاءه سنتين ومن قال عشرا قال إنه عقده عشرا كما رواه كذلك فإنه لا تنافي بينهما والله سبحانه أعلم **قوله** ولا يقتصر الحكم
وهو جواز الموادعة على المدة المذكورة وهو عشر سنين لتعدي المعنى الذي به علل جوازها وهو حاجة المسلمين أو ثبوت مصلحتهم فإنه قد يكون بأكثر
بخلاف ما إذا لم تكن الموادعة أو المدة المسماة خيرا للمسلمين فإنه لا يجوز لأنه ترك للجهاد صورة ومعنى وما أبيح إلا باعتبار أنه جهاد وذلك إنما يتحقق
إذا كان خيرا للمسلمين وإلا فهو ترك للمأمور به وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه أكثر من عشر سنين وإن كان الإمام غير مستظهر وهو
قول الشافعي ولقد كان في صلح الحديبية مصالح عظيمة فإن الناس لما تقاربوا انكشفت محاسن الإسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلونها
من المسلمين لما قاربوهم وخالطوهم **قوله** وإن صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع نبذ إليهم أي ألقى إليهم عهدهم وذلك بأن يعلمهم
أنه رجع عما وقع قال تعالى وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك لكن ظاهر الآية أنه مقيد
بخوف الخيانة وهو مشكل إن علمتم فيهم خيرا في الكتابة ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا والإجماع على أنه لا يتقيد بحضور الخوف
لأن المهادنة في الأول ما صحت إلا لأنها أنفع فلما تبدل الحال عاد إلى المنع ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وهو محرم بالعمومات نحو ما صح
في البخاري عنه عليه الصلوة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أربع خصال من كن فيه كان منافقا خالصا من إذا حدث كذب
وإذا وعد أخلف وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر وروى أبو داود والترمذي وصححه كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى
إذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس أو برذون وهو يقول الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر فنظر وإذا هو عمرو بن عبسة فأرسل إليه معاوية
فسأله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد عقده ولا يحلها حتى ينقضي أمدها أو ينبذ إليهم على سواء
فرجع معاوية بالناس ورواه أحمد وابن حبان وابن أبي شيبة وغيرهم وأما ما ذكره المص من قوله عليه الصلوة والسلام وفاء لا غدر فلم يعرف في
كتب الحديث إلا من قول عمرو بن عبسة هذا وأما استدلاله بأنه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة فلا يليق أنه جعل دليلا
فيما يأتي من قوله وإن بدءوا بالخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه وكذا إذا دخل
جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون ويسترقون هم ومن معهم من الذراري إلا أن يكون بإذن ملكهم
فيكون نقضا في حق الكل ولو لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا لا في حقهم ولا في حق غيرهم وإنما قلنا هذا لأنه عم لم ينبذ إلى أهل مكة بل هم بدءوا بالغدر

وإذا رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به لأنه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة أما إذا لم تكن لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولا لأنه في معنى الجزية أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة يخمسها وتقسم الباقي بينهم لأنه مأخوذ بالقهر معنى فأما المرتدون فيوادعهم الإمام حتى ينظر في أمرهم لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في إسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما بينا ولو أخذه لم يرده لأنه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعل الإمام لما فيه من إعطاء الدنية وإلحاق المذلة بأهل الإسلام إلا إذا خاف الهلاك لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن

قبل منتهى المدة فقاتلهم ولم ينبذ إليهم بل سأل الله أن يعمي عليهم حتى يبغتهم هذا هو المذكور لجميع أصحاب السير والمغازي ومن تلقى القصة ورواها كما في حديث ابن إسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا كان في صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه من شاء أن يدخل في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فدخلت خزاعة في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في الهدنة نحو السبعة والثمانية عشر شهرا ثم إن بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة وقالت قريش هذا الليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا أحد فأعانوا بني بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يخبره الخبر فلما قدم عليه أنشده أبياتا منها:

لاهم إني ناشد محمدا + حلف أبينا وأبيه الأتلدا + إن قريشا أخلفوك الموعدا + ونقضوا ميثاقك المؤكدا + هم بيتونا بالوتير هجدا + فقتلونا ركعا وسجدا + فانصر رسول الله نصرا أعتدا + فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمرو بن سالم ثم أمر الناس فتجهزوا وسأل الله أن يعمي على قريش خبرهم حتى يبغتهم في بلادهم وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وأن أبا بكر قال له يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم يكن بينك وبينهم مدة قال ألم يبلغك ما صنعوا ببني كعب ورواه الطبراني من حديث ميمونة ورواه ابن أبي شيبة مرسلا عن عروة ورواه مرسلا عن جماعة كثير في كتاب المغازي وفيه فقال أبو بكر يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم يكن بيننا وبينهم مدة فقال إنهم غدروا ونقضوا العهد فأنا غازيهم ثم في النبذ لا يكفي مجرد إعلامهم بل لا بد من مضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ولا يجوز أن يغار على شيء من بلادهم قبل مضي تلك المدة **قوله** وإن رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ المسلمون على ذلك مالا جاز لأنه لما جاز بلا مال فبالمال وهو أكثر نفعا أولى إلا أن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة أما إذا لم يكن فلا يوادعهم لما بينا من قبل يعني قوله لأنه ترك للجهاد صورة ومعنى قال شارح ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه يشبه الأجر يعني في مسئلة الجعل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضي أن الموادعة يجوز وأخذ مالهم لا يجوز إذا كان مال المسلمين كثيرا غير أنهم ليسوا متأهبين للحرب لقلة العدد الحاضر لتفرق المقاتلة في البلاد ونحوه وهو بعيد لأن ذلك كله جهاد وفي أخذ أموالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فأخذه لهذا المعنى من الجهاد لا أجرة على الترك باعتباره ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية وإن كان قبل النزول بساحتهم بل برسول أما إذا نزلنا بهم فهو غنيمة نخمسها ونقسم الباقي لأنه مأخوذ منهم قهرا معنى وأما المرتدون فلا بأس بموادعتهم ومعلوم أن ذلك إذا غلبوا على بلدة وصار دارهم دار الحرب وإلا فلا لأن فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولهذا قيده الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير بما ذكرنا قال يدل عليه وضع المسئلة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون على دار من دور الإسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا يجوز لأنه في معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية وقوله لما تبين يعني في باب الجزية ومع هذا لو أخذه لا يرده عليهم لأن مالهم فيء للمسلمين إذا ظهروا بخلاف ما إذا أخذ من أهل البغي حيث يرد عليهم بعد ما وضعت الحرب أوزارها لأنه ليس فيئا إلا أنه لا يرده حال الحرب لأنه إعانة لهم

قوله ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله الإمام لما فيه من إعطاء الدنية أي النقيصة ومنه قول عمر لأبي بكر رضي الله عنهما في الحديبية وكان متجانفا عن صلح اليس برسول الله صلى الله عليه وسلم قال أبو بكر بلى قال ألسنا بالمسلمين قال بلى قال أوليسوا

ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب ولا يجهز إليهم لأن النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم

بالمشركين قال بلى قال فعلام نعطي الدنية في ديننا فقال له أبو بكر الزم غرزه فإني أشهد أنه رسول الله فقال عمر وأنا أشهد أنه رسول الله ذكره ابن إسحاق في السير وفي الحديث ليس لمؤمن أن يذل نفسه فالعزة خاصية الإيمان قال تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين إلا إذا خاف الإمام الهلاك على نفسه والمسلمين فلا بأس لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء في وقعة الخندق أرسل إلى عيينة بن حصن والحارث بن عوف بن أبي حارثة المري وهما قائدا غطفان وأعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرجعا بمن معهما فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح فلما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفعل بعث إلى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه فقالا له يا رسول الله أمرا تحبه فتصنعه أم شيئا أمرك الله به لا بد لنا من العمل به أم شيئا تصنعه لنا قال بل شيء أصنعه لكم والله ما أصنع ذلك إلا لأني رأيت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فأردت أن أكسر عنكم من شوكتهم إلى أمر ما فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الأوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون أن يأكلوا منها ثمرة إلا شراء أو بيعا أفحين أكرمنا الله بالإسلام وهدانا له وأعزنا بك وبه نعطيهم أموالنا ما لنا بهذا من حاجة والله لا نعطيهم إلا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنت وذاك فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة ثم قال ليجهدوا علينا قال محمد بن إسحاق حدثني به عاصم بن عمر بن قتادة ومن لا أتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري وعلل المصنف هذا القول لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن وهو تساهل فإنه لا يجب دفع الهلاك بإجراء كلمة الكفر ولا بقتل غيره لو أكره عليه بقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا في الصلح أن يرد إليهم من جاء مسلما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد إليهم من جاء مسلما منهم وهو قول مالك وقال الشافعي يجب الوفاء به في الرجال دون النساء لأنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في الحديبية حتى جاء أبو جندل بن عمرو بن سهيل وقد كان أسلم فرده فصار ينادي يا معشر المسلمين أرد إلى المشركين يفتنوني عن ديني فقال له عليه الصلاة والسلام اصبر أبا جندل واحتسب فإن الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا وكذا رد أبا بصير وأما لو شرطاه في النساء لا يجوز ردهن ولا شك في انفساخ نكاحها فلو طالب زوجها الحربي المهر هل يعطاه للشافعي فيه قولان في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك وأحمد وفي قول يعطاه قال تعالى فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار وهذا هو دليل النسخ في حق الرجال أيضا إذ لا فرق بين الرجال والنساء في ذلك بل مفسدة رد المسلم إليهم أكثر وحين شرع ذلك كان في قوم من أسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه فإن كل قبيلة لا تعرض لمن فعل ذلك من قبيلة أخرى إنما يتولى رده عشيرته وهم لا يبلغون فيه أكثر من القيد والسب والإهانة وقد كان بمكة بعد هجرة النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل أبي بصير وأبي جندل ابن سهيل بن عمرو إلى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والأمر على خلاف ذلك **قوله ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب** إذا حضروا مستأمنين ولا تجهز إليهم مع التجار إلى دار الحرب لأنه عليه السلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم والمعروف ما في سنن البيهقي ومسند البزار ومعجم الطبراني من حديث بحر بن كنيز السقاء عن عبيد الله القبطي عن أبي رجاء عن عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة قال البيهقي الصواب أنه موقوف أخرجه ابن عدي في الكامل عن محمد بن مصعب القرقساني وقد اختلف فيه فضعفه ابن معين وقال ابن عدي هو عندي لا بأس به

ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

ونقل عن احمد نحو ذلك قال المصنف ولان فيه اي في نقل السلاح وتجهيزه اليهم تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع اي الخيل لا فرق في ذلك ما قبل الموادعة وما بعدها لانها على شرف الانقضاء او النقض قال وهو القياس في الطعام القياس فيه ان يمنع من حمله الى دار الحرب لان به التقوي على كل شي وهو المقصود واضعافهم الا انا عرفناه اي نقل الطعام اليهم بالنص يعني حديث ثمامة وحديث ثمامة رواه البيهقي من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبري عن ابي هريرة فذكر قصة اسلام ثمامة وفي آخره قوله لاهل مكة حين قالوا اصبوت فقال اني والله ما صبوت ولكني اسلمت وصدقت محمدا وآمنت به وايم الله الذي نفس ثمامة بيده لا تاتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى ياذن فيها محمد وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئلونه بارحامهم ان يكتب الى ثمامة يخلي اليهم حمل الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره ابن هشام في آخر السيرة وذكر انهم قالوا اصبات فقال لا ولكني اتبعت خير الدين دين محمد والله لا تصل اليكم حبة من اليمامة حتى ياذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انك تامر بصلة الرحم وانك قد قطعت ارحامنا فكتب عليه الصلوة والسلام اليه ان يخلي بينهم وبين الحمل واما بيع الحديد والسلاح فمنعه لهم لانه اصل السلاح وهو ظاهر الرواية قال الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح وذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير انه لا يكره حيث قال وهذا في السلاح واما ما لا يقاتل به الا بصنعة فلا باس ببيعه كما كرهنا بيع المزامير والبرابط بيع الخمر ولم نر ببيع العنب باسا ولا ببيع الخشب وما اشبه ذلك وقال الفقيه ابو الليث في شرحه وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خمرا اما ههنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قيل باشارة هذا يعلم ان بيع الحديد منهم لا يكره فروع من المبسوط طلب ملك منهم الذمة على ان يترك ان يحكم في اهل مملكته بما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الاسلام لا يجاب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ولان الذمي من يلزمه احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان لارض فيها قوم من اهل مملكته هم عبيده يبيع منهم ما شاء فصالح وصار ذمة فهم عبيد له كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام في الاحراز ولو اسلم كانوا عبيده فكذا اذا صار ذميا وهذا لانه كان مالكا لهم بيده القاهرة وقد اردت وتاكدت بعقد الذمة فان ظفر عليهم عدو فاستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم على هذا الملك بغير شي قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر اموال اهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن اهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين وكذا لو اسلم الملك واهل ارضه او اسلموا هم دونه هم عبيده ولو وادعوا على ان يودي كل سنة شيا معلوما على ان لا يجري عليهم في بلادهم احكام المسلمين لا يفعل ذلك الا ان يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه الموادعة لا يلتزمون احكام الاسلام ولا يخرجون من ان يكونوا اهل حرب وترك القتال مع اهل الحرب لا يجوز الا ان يكون خيرا للمسلمين ثم اذا فعل ذلك ان كان بعدما احاط بهم الجيش او قبله برسول تقدم فحكم هذا المال ولو صالحوهم على ان يودوا اليهم كل سنة مائة راس من انفسهم واولادهم لم يصح لان هذا الصلح وقع على جماعتهم وكانوا كلهم مستامنين واسترقاق المستامنين لا يجوز الا يرى ان واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فكذلك لا يجوز تمليك شي من انفسهم واولادهم بحكم تلك الموادعة لان حريتهم تاكدت بخلاف ما لو صالحوهم على مائة راس باعيانهم ابتداء السنة وقالوا

فصل اذا امن رجل حر او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اى اقلهم هو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح **قال** الا ان يكون فى ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم راى المصلحة فى النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام الامان لما بينا ويؤدبه الامام لافتياته على رايه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتاخير فكان معذورا ولا يجوز امان ذمى لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين **قال** ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح لنا باب الفتح

امنونا على ان نؤدى لكم ونقبل الحكم ثلاث سنين مستقبلة على ان نعطيكم كل سنة مائة راس من رقيقنا فانه جائز لان المعينين فى السنة الاولى لا امنا ولهم الموادعة ومنها يثبت الامان لهم فاذا اعطوهم يستثنى من الموادعة فجعلهم اياهم عوضا للمسلمين عما رووا مما لك المسلمين بالموادعة والمشروط فى السنين الكائنة بعد الموادعة اتقاء فيجوز ولو سرق مسلم مستامن مالهم بعد الموادعة لا يحل شراءه منه لان مال المستامن لا يملك بالسرقة لانه غدر فلا يصح شراؤه منه ولو اغار قوم من اهل الحرب على اهل الصلح جاز ان يشترى منهم ما اخذوه من اموالهم لانهم ملكوها بالاحراز كمال المسلمين ثم لا يلزم رد شئ من ذلك عليهم ولا بالثمن لانهم بالموادعة ما خرجوا عن كونهم اهل حرب اذ لم ينقادوا الى حكم الاسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ولو دخل بعضهم دار حرب اخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لانه فى امان المسلمين

فصل فى الامان وهو نوع من الموادعة فى التحقيق **قوله** واذا امن رجل حر او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم على اسناد المصدر الى المفعول ولم يجز لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام المسلمون تتكافؤ دماؤهم اى لا يزيد دية الشريف على دية الوضيع ويسعى بذمتهم ادناهم اخرج ابو داؤد من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم ويرد عليهم اقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى يرد عليهم اقصاهم اى يرد الابعد منهم التبعة عليهم وذلك ان العسكر اذا دخل دار الحرب فاقتطع الامام منهم سرايا ووجهها للاغارة فما غنمته جعل لها ما سمى ويرد ما بقى لاهل العسكر لان بهم قدرت السرايا على التوغل فى دار الحرب واخذ المال واما قوله وهم يد الى آخره اى كانهم آلة واحدة مع من سواهم من الملل كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليه لكن رواه ابن ماجة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم ويجير عليهم اقصاهم وهم يد الحديث ففسر الرد فى ذلك الحديث بالاجارة فالمعنى يرد الاجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيرا والمقصود من هذا الحديث محل الدية وهو فى الصحيحين عن على قال ماكتبنا عن النبى صلى الله عليه وسلم الا القرآن وما فى هذه الصحيفة قال عليه الصلوة والسلام المدينة حرم فمن احدث فيها حدثا او آوى فيها محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيمة لا صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم فمن اخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيمة صرفا ولا عدلا واخرج البخارى ايضا من حديث انس ومسلم من حديث ابى هريرة ومن قال ان الشيخ علاء الدين وهم اذ اخرجه من جهة ابى داود والواقع ان الشيخين اخرجاه غلط فان ما فى الصحيحين ليس فيه يتكافؤ دماؤهم وهو انما يريد ان يخرج ما ذكره فى الهداية لا ما هو محل الحاجة من الحديث فقط وفسر المصنف ادناهم باقلهم فى العدد وهو الواحد احترازا عن تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كما سياتى وليس بلازم اذ على هذا التفسير ايضا فيه دليل لمحمد وهو اطلاق الادنى فى المعنى الواحد فانه يتناول الواحد حرا او عبدا وقد ثبت فى امان المراة احاديث منها حديث ام هانى فى الصحيحين عنها قالت يا رسول الله زعم ابن امى على انه قاتل رجلا قد اجرته فلان بن فلان قال عليه الصلوة والسلام قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت ورواه الازرقى من طريق الواقدى عن ابن ابى ذيب عن المقبرى عن ابى مرة مولى عقيل عن ام هانى بنت ابى طالب قالت ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله انى اجرت حموين لى من المشركين فاراد هذا ان يقتلهما فقال عليه الصلوة والسلام ما كان له ذلك الحديث وكان اللذان اجارته ام هانى

ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز امان العبد المحجور عند ابي حنيفة رح الا ان يأذن له مولاه في القتال وقال محمد رح يصح وهو قول الشافعي رح وابو يوسف رح معه في رواية ومع ابي حنيفة رح في رواية لمحمد قوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري رض ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤيد من الامان والايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة رح انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف المأذون له في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسابقة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون لانه رضي بعد الخطاء ولان في مباشرة القتال يحصل المؤيد تخفيف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه لانه يقابل بالجزية ولانه مغنوم عنه مسلم ثم الذي اسقط الفرض عن غيره

عبد الله بن ابي ربيعة بن المغيرة والحرث بن هشام بن المغيرة كلاهما من بني مخزوم ومنها ما رواه ابو داود حدثنا عثمان بن ابي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن ابراهيم عن الاسود وعن عائشة رض قالت ان كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز وترجم الترمذي باب امان المرأة حدثنا يحيى بن اكثم الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان المرأة لتأخذ للقوم يعني تجير القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب و قال في علله الكبرى سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد وهو في السند سمع من الوليد بن رباح والوليد بن رباح سمع من ابي هريرة ومنها حديث اجارة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا العاص فقال عليه الصلاة والسلام الا وانه يجير على المسلمين ادناهم رواه الطبراني بطوله قال المص ولانه من اهل القتال اي الواحد ذكرا او انثى فانهما اهل له بالتسبب بمالها وغيره فيخاف منه فيتحقق الامان منه لملاقاته محله اي محل الامان وهو الكافر الخائف واذا صدر التصرف من اهله في محله نفذ ثم يتعدى الى غيره اي غير المجير من المسلمين واما قوله ولان سببه لا يتجزى الى آخره فيصلح تعليلا ابتداء وللتعدي فان ما ذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الامان بالنسبة الى المؤمن فاما التعدية الى غيره فليس ضروريا فلا بد له من دليل وما ذكره من عدم التجزي يصلح دليلا له فانه لما لم يتجزأ كان امان الواحد امان الكل لانه بعض امان الكل واستدل على عدم تجزيه بان سببه وهو الايمان لا يتجزى فكذا الامان وفسر بالتصديق الذي هو ضد الكفر وبعضهم باعطاء الامان لانه يقال امنته فامن اي اعطيته الامان فامن ولا يصح ان يقال امنت بمعنى صدقت بالدين فامن الكافر اي حصل له الامان وهذا انما يتم اذا كان اما علة وهو مجاز فان حقيقته السبب المفضي في الجملة من وجوده الوجود ولا شك ان الايمان بالله ورسوله سبب نفسي الى امان الحربي باعطاء المسلم اياه له فالحق ان كلا منهما يصلح الامان اي اعطاء الامان سبب للامان بمعنى علة لا يتجزى فلا يتجزى الامان والايمان بمعنى التصديق سبب حقيقي للامان لا يتجزى فلا يتجزى الامان وصار كولاية الانكاح اذا زوج احد الاولياء المستوين نفذ على الكل واعلم ان كونها لا يتجزى انما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل اذا صدر من واحد فهو المرجع في ذلك وقوله الا اذا كان في ذلك اي امان الواحد مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه في الباب السابق وهو قولنا يفعل تحرزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى واما قوله ولو حاصر الامام حصنا فامن واحد من الناس الى آخره فليس تكرارا محضا بل ذكره ليبتنى عليه قوله ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لا يؤدبه لانه ربما فعل ذلك مخافة ان تفوت المصلحة بالتأخير الى ان يعلم الامام بها ويؤمن هو بنفسه والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق وانما يقال الافتيات للسبق الى الشيء دون ائتمار من ينبغي ان يؤامر فيه بخلاف غيره يقال فاتني ذلك الفارس اي سبقني فاصله افتوات قلبت واوه ياء لكسر ما قبلها والتعليل به مطلقا يقتضي ان يؤدبه مطلقا لتحقق الافتيات فيما فيه مصلحة فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه قوله ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم على المسلمين لموافقته لهم اعتقادا وايضا لا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والامان من باب الولاية لانه نفاذ كلامه على غيره شاء او ابى ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم في دار الحرب لانهما مقهوران تحت ايديهم والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة لانه كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح قوله ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لم يصح امانه لما بينا من ان الامان تختص [illegible] فيما في ايديهم لا منعة له ولا قوة دفاع قوله ولا يصح امان العبد المحجور عليه عند ابي حنيفة الا ان يأذن له

ولو من الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون ان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق

له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وبه قال مالك واحمد وابو يوسف في رواية لاطلاق الحديث المذكور وهو قوله ويسعى بذمتهم ادناهم ولما روى ابو موسى الاشعري من قوله عليه الصلاة والسلام امان العبد امان ولانه مؤمن ممتنع اي له قوة يمتنع بها وليس غيره فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال والمؤبد من الامان وهو عقد الذمة فان العبد المحجور اذا عقد الذمة لاهل مدينة صح ولزم وصاروا اهل ذمة فهذا وهو المؤقت من الذمة اولى بالصحة وهذا لان ذلك تمام المؤثر في صحة الامان اما الايمان فانه شرط للعبادات والجهاد من اعظمها واما اعتبار الامتناع فلتحقق ازالة الخوف وبذلك تحقق المؤثر الجامع بين الاصل والفرع وهو اعزاز الدين واقامة مصلحة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة لا فيما لا مصلحة فيه وانما لا يملك المسابقة اي الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بان يقتل وهذا المانع انما يؤثر في الجهاد وبذلك يصح الا بوجه اعطاء الامان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المحجور في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه ولابي حنيفة ومالك في رواية سحنون عنه انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانتفاء الخوف منه فلم يلاق الامان محله وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر وهو الاعزاز لانه من لا يخاف منه ولا المصلحة لان الظاهر انه يخطئ لان معرفة المصلحة في الامان انما يقوم بمن يباشر القتال وهو الماذون لانه ادرى بالامر من غير المحاربين له وفي خطائه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا بخلاف العبد الماذون وبخلاف الامان المؤبد لاعطاء الجزية لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة الى الاسلام ولكل مسلم عبدا او حر ذلك لانه مقابل بالحرية فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه لانه مفروض عند مسالتهم لان الله تعالى غيّى قتالهم به بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية ففي عقد الذمة لهم اسقاط الفرض عن الامام وعن عامة المسلمين وهو لذلك يقع محققا فافترقا واعلم ان وجه العامة تضمن قياسين قياس امان المحجور على امان الماذون في القتال وقياس امان المحجور على عقد الذمة من المحجور ولا شك ان فرق ابي حنيفة في الثاني متجه واما دفعه القياس الاول فلا فانه ان فرق بانه لا يخاف منه والآخر يخاف فالظاهر ان ذلك بالنسبة الى اهل الحرب غير معلوم فانهم لا يعرفون الماذون له فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من اذ مع المسلمين سوى البنية فهو مخوف لهم واما بان الظاهر خطاؤه في المصلحة فلا تاثير له لان الامان غير لازم اذ لم تكن فيه مصلحة بل اذا كان كذلك ينبذ اليهم الامام نعم الاستدلال بالحديث المروي عن ابي موسى غير تام لانه حيث لا يعرف فان قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا فحاصرناها شهرا حتى اذا كنا ذات يوم وطمعنا ان نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقيل فتخلف عبد منا فاستامنوه فكتب اليهم امانا ثم رمى به اليهم فلما رجعنا اليهم خرجوا الينا في ثيابهم ووضعوا اسلحتهم فقلنا ما شانكم فقالوا امنتمونا واخرجوا الينا السهم فيه كتاب امانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بامان فكتبنا الى عمر فكتب ان العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم ورواه ابن ابي شيبة وزاد فاجاز عمر امانه فالجواب انها واقعة حال فيجاز كونه ماذونا له في القتال وايضا جاز كونه محجورا لا كان عقد ذمة وانه يصح منه والله اعلم الا ان الاطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي اناطته مطلقا بذلك الحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين قوله وان امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح باجماع الائمة الاربعة كالمجنون

باب الغنائم وقسمتها

وإذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر

وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف بين اصحابنا لا يصح عند ابي حنيفة ويصح عند محمد وبقول ابي حنيفة قال الشافعي واحمد في وجه لان قوله غير معتبر كطلاقه وعتاقه وبقول محمد قال مالك واحمد وان كان مأذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق بين اصحابنا وبه قال مالك واحمد ولانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبي المأذون والمراد بكونه يعقل ان يعقل الاسلام ويصفه واضاف ابا يوسف الى ابي حنيفة في السير الكبير في عدم الصحة وانما قال المصنف والاصح والله اعلم لانه اطلق المنع في الصبي المراهق عن ابي حنيفة كما نقله الناطفي في الاجناس ناقلا عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الاسلام وامانه تام قال وهذا قوله فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا يجوز وكذا وقع الاطلاق في كفاية البيهقي فقال لا يجوز امان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند ابي حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته وكذا اشتراط العقل لانه من اهل القتال كالبالغ الا انه يعتبر ان يكون مسلما بنفسه فهذا كما ترى اجرى الخلاف في الصبي مطلقا فقال المصنف والاصح التفصيل بين كون العاقل محجورا عن القتال او مأذونا له فيه ففي الثاني لا خلاف في صحة الامان هذا ومن الفاظ الامان قولك للحربي لا تخف ولا توجل او مترس او لكم عهد الله او ذمة الله تعالى او تعال فاسمع الكلام ذكره في السير وقال الناطفي في السير الاملاء سألت ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بامان وقال ابو يوسف استحسن ان يكون امانا وهو قول محمد رحمة الله عليهم اجمعين ٭

باب الغنائم وقسمتها لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهي اليه من الموادعة ذكر ما ينتهي اليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس وتوابعها وانما كان ذلك غالبا لاستقراء تأييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم في الاكثر **قوله** وإذا فتح الامام بلدة عنوة يجوز في الواو ما قد بيناه في قوله واذا حاصر الامام وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضده لان منه عنى يعنو عنوة اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحي القيوم ثم المعنى فتح بلدة حال كون اهلها ذوي عنوة اي ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم ففيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا في الفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم في غير التعاريف بل ذلك في الاخبارات على ان يراد معنى المذكور لا لذاته بل لينتقل منه الى آخر هو المقصود بتلك الارادة ككثير الرماد ولو اراد به نفسه الجود كان مجازا من المسبب في السبب والوجه انه

وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رض بسواد العراق بموافقة من الصحابة رض ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه

كما سنذكره وقد قيل الاولى الاول وهي قسمة الاراضي وغيرها اذا كان بالمسلمين حاجة والثاني عند عدمها ثم استدل على جواز قسمة الارض بقسمته عليه الصلوة والسلام خيبر اما في البخاري عن زيد بن اسلم عن ابيه قال قال عمر رض لولا آخر المسلمين ما فتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين اهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك في الموطأ اخبرنا زيد بن اسلم عن ابيه قال سمعت عمر رض يقول لولا ان يترك آخر الناس لا شيء لهم ما فتح المسلمون قرية الا قسمتها سهمانا كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهمانا فظاهر هذا انه قسمها كلها والذي في ابي داود بسند جيد انه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما واخرج ايضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قسمها على ستة وثلثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعني اعطى لكل مائة رجل سهما وكان لهم ثمان مائة سهم وسياق لمن بجال غزوة خيبر الف وخمسمائة والخيل مائتان في رواية كان الجيش الفا وخمسمائة منهم ثلث مائة فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل يعني صاحبه سهما وفيه حديث جابر ايضا وكذلك في رواية البيهقي وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك وعزل النصف الباقي لمن نزل به من الوفود والامور ونوائب المسلمين وحاصل هذا انه نصف النصف لنوائب المسلمين وهو معنى مال بيت المال ثم ذكر من طريق آخر بين ان ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين لم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم زاد ابو داود في كتاب الاموال فعاملهم بالنصف ما يخرج منها فلم يزل حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر حتى كان عمر فكثر العمال في المسلمين وقووا على العمل فاجلى عمر رض اليهود الى الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف اصحاب المغازي في ان خيبر فتحت كلها عنوة او بعضها صلحا وصحح ابو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى بن عقبة عن الزهري الثاني وغلطه ابن عبد البر قال فانما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين اسلمهما اهلهما في حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم كما روي انه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيهما حتى ايقنوا بالهلاك سألوه ان يسيرهم وان يحقن لهم دماءهم ففعل فحاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون الا ما كان من ذينك الحصنين الى ان قال فلما لم يكن اهل ذينك الحصنين مغنومين ظن ان ذلك صلح ولعمري انه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا ارضهم الا بالحصار والقتال وكان حكمها حكم سائر ارض خيبر كلها عنوة مقسومة بين اهلها الى ان قال ولو كان صلحا لملكها اهلها كما يملك اهل الصلح ارضهم وسائر اموالهم فالحق في ذلك ما قاله ابن اسحق عن الزهري اي انها فتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة عنه انتهى **قوله** فان شاء اقر اهلها الى قوله بهذا فعل عمر رض بسواد العراق لا شك في اقرار عمر رض اهل السواد ووضع الخراج على اراضيهم على كل جريب عامر او غامر عمله صاحبه او لم يعمله درهما وقفيزا او فرض على جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية واربعين وعلى من دونه اربعة وعشرين وعلى من لم يجد شيئا اثني عشر درهما فحمل في اول سنة الى عمر رض ثمانون الف الف درهم وفي السنة الثانية مائة وعشرين الف الف درهم الا ان في المشهور عن اصحاب الشافعي انها فتحت عنوة قسمت بين الغانمين فجعلت لاهل الخمس والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور عندهم انه لم يخصها باهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واستردها وردها على اهلها بخراج يؤدونه كل سنة وقال ابن شريح باعها من اهلها بثمن منجم والمشهور في كتب المغازي ان السواد فتح عنوة وان عمر رض فعل ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله تعالى ما افاء الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم ثم الغنيمة لله وللرسول وللذين جاؤا من بعدهم وانما يكون لهم بالمن بوضع الخراج

وفي العقار خلاف الشافعي رح لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم اصلا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع انه يحظى به الذين ياتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة **قال** وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد

والجزية ولما حضر هذه الآية ولم يخالفه احد الا نفر يسير كبلال وسلمان ونقل عن ابي هريرة رض فدعا عمر رض على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه قال في المبسوط فلم يحمدوا وندموا ورجعوا الى رايه ويدل على ان قسمة الاراضي ليس حتما ان مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم ارضها و لهذا ذهب مالك الى ان بمجرد الفتح تصير الارض وقفا للمسلمين وهو ادرى بالاخبار والآثار ودعواهم ان مكة فتحت صلحا لا دليل عليها بل على نقيضها الا ترى انه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلوة والسلام من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن اغلق بابه عليه فهو امن ولو كان صلحا لامنوا كلهم به بلا حاجة الى ذلك ولما ثبت من اجارة ام هانئ من اجارته وبذا افتيتها عليا عن قتله وامره عليه الصلوة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة واظهر من هذا كله قوله عليه الصلوة والسلام في الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والارض لا يسفك بها دم الى ان قال فان احد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا له ان الله اذن لرسوله ولم ياذن لكم فقوله لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك **قوله** وفي العقار خلاف الشافعي رح فعنده يقسم الكل لان في المن بالارض ابطال حق الغانمين على قولكم او ملكهم على قوله فلا يجوز للامام ذلك بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته بالنسبة الى رقبة الارض بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه من فعل عمر رض مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان اجماعا فان قيل لا ينعقد الاجماع بمخالفة بلال ومن معه اجيب بانه لم يسوغ اجتهادهم بدليل ان عمر رض دعا عليهم ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالفة ولان فيه نظرا للمسلمين لانهم يصيرون كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى مع انه يحظى به الذين ياتون من بعد فيحصل عموم النفع للمسلمين والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا فربما يحصل منه على طول الزمان اضعاف قيمة الارض **قوله** وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم يعني اذا لم يسلموا لانه عليه الصلوة والسلام قد قتل من الاسرى اذ لا شك في قتل عقبة بن ابي معيط من اسارى بدر والنضر بن الحارث الذي قالت فيه اخته قتيلة الابيات التي منها * يا راكبا ان الاثيل مظنة * من صبح خامسة وانت موفق * ابلغ بها ميتا بان تحية * ما ان تزال بها الركائب تخفق * مني اليك وعبرة مسفوحة * جادت بواكفها واخرى تخنق * الابيات لطعيمة بن عدي وهو اخو المطعم بن عدي واما ما قال هشيم انه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك كيف وهو عليه الصلوة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدي حيا فشفعني في هؤلاء النتنى لتركتهم ولان في قتلهم حسم مادة الفساد الكائن منهم بالكلية وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لاهل الاسلام ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة ان يقتل اسيرا بنفسه لان الراي فيه الى الامام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقهم فليس له ان يفتات عليه وعلى هذا فلو قتل بلا ملجئ بان خاف القاتل شر الاسير كان له ان يعزره اذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيئا وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا من ان عمر رض فعل ذلك في اهل السواد **وقوله** الا مشركي العرب والمرتدين يعني اذا اسروا فان الكلام في الاسارى وتحقيق الاسر في المرتدين اذا غلبوا وصاروا حربا على ما نبين ان شاء الله تعالى في باب الجزية من انه لا يقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل اما الاسلام واما السيف فان اسلم الاسارى بعد الاسر لا يقتلهم لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الاصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب بخلاف ما لو اسلموا قبل الاخذ لا يسترقون ويكونون احرارا لانه اسلام قبل

ولا يفادى بالاسارى عند ابى حنيفة رح وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعى رح لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقى فى ايديهم كان ابتلاء فى حقه غير متعد الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم متعد الينا اما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بيناه وفى السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير فى ايدينا لا يفادى بمسلم اسير فى ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه قال ولا يجوز المن عليهم اى على الاسارى خلافا للشافعى رح فانه يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا

الفداء وسببا للملك فيهم قوله ولا يفادى بالاسارى عند ابى حنيفة هذا احدى الروايتين عنه وعليها مشى القدورى وصاحب الهداية وعن ابى حنيفة انه يفادى بهم كقول ابى يوسف ومحمد والشافعى ومالك واحمد الا بالنساء فانه لا يجوز المفاداة بهن عندهم ومنع احمد المفاداة بصبيانهم وهذه رواية السير الكبير قيل وهو اظهر الروايتين عن ابى حنيفة وقال ابو يوسف تجوز المفاداة بالاسارى قبل القسمة لا بعدها وعند محمد تجوز بكل حال وجه رواية الكتاب ما ذكر ان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابته خير من استنقاذ المسلم لانه اذا بقى فى ايديهم كان ابتلاء فى حقه فقط والضرر بدفع اسيرهم اليهم يعود على جماعة المسلمين وجه الرواية الموافقة لقول العامة ان تخليص المسلم اولى من قتل الكافر للانتفاع به لان حرمته عظيمة وما ذكر من الضرر الذى يعود الينا بدفعه اليهم يدفعه ظاهر المسلم الذى يتخلص منهم لانه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهرا فيتكافئان ثم تبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله كما ينبغى زيادة ترجيح ثم انه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اخرج مسلم فى صحيحه وابو داود والترمذى عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين واخرج مسلم ايضا عن اياس بن سلمة بن الاكوع عن ابيه خرجنا مع ابى بكر امره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فلقينى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السوق فقال لى يا سلمة هب لى المرأة لله ابوك اعنى النفل كان ابو بكر نفلنيها اياه فقلت هى لك يا رسول الله والله ما كشفت لها ثوبا فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا اسروا بمكة الا ان هذا يخالف رأيهم فانهم لا يفادون بالنساء فيبقى للاول قوله واما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بينا فى المفاداة بالمسلمين من رده حربا علينا وفى السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر اذ لا شك فى احتياج المسلمين بل فى شدة حاجتهم اذ ذاك فليكن محمل المفاداة الكائنة فى بدر بالمال وقد انزل الله تعالى فى شأن تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى ما كان لنبى ان يكون له اسرى حتى يثخن فى الارض اى يقتل اعداء الله فيشتد الارض فينفيهم عنها تريدون عرض الدنيا والله يريد الاخرة وقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق وهو ان لا يعذب احدا قبل النهى ولم يكن نهاهم لمسكم فيما اخذتم من الغنائم والاسارى عذاب عظيم ثم احلها له ولهم رحمة منه تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا وهى المجموع من الفداء وغيره وقيل للغنيمة فان قيل لا شك انه من الغنيمة قلنا لو سلم فلا شك انه يجب تقييده بما اذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة وفى روح تكسير المحاربين لا لاجل غرض دنيوى وفى الكشاف وغيره ان عمر رض كان اشار بقتلهم وابو بكر رض باخذ الفداء تقويا ورجاء ان يسلموا قال وروى انهم لما اخذوا الفداء نزلت الاية فدخل عمر رض عليه عليه الصلوة والسلام فاذا هو وابو بكر يبكيان فسأله فقال ابكى على اصحابى فى اخذهم الفداء لقد عرض على عذابهم ادنى من هذه الشجرة قال وروى انه عليه الصلوة والسلام قال لو نزل من السماء عذاب ما نجى منه الا عمر وسعد بن معاذ لقوله كان الاثخان فى القتل احب الى والله اعلم بذلك قوله ولو اسلم الاسير وهو فى ايدينا لا يفادى به لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه وهو مأمون على اسلامه فيجوز لانه يفيد تخليص مسلم من غير اضرار بمسلم آخر قوله ولا يجوز المن على الاسارى وهو ان يطلقهم الى دار الحرب بغير شىء خلافا للشافعى اذا رأى الامام ذلك وبقولنا قال مالك واحمد وجه قول الشافعى قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء ولانه عليه الصلوة والسلام من على جماعة من اسارى بدر منهم العاص بن ابى الربيع على ما ذكره ابن اسحق بسنده وابو داود من طريقه الى عائشة رض

واذا اراد الامام العود ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي رحمه الله يتركها لانه
عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق
بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر
لانه مثلة وتحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يطلع عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم

لما بعث اهل مكة في فداء اسراهم بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء ابي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة ادخلتها
بها على ابي العاص حين بنى عليها فلما رأى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك رق لها رقة شديدة وقال لاصحابه ان رأيتم ان تطلقوا لها اسيرها وتردوا
عليها الذي لها فافعلوا فقالوا نعم ورواه الحاكم وصححه وزاد وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد اخذ عليه ان يخلي زينب اليه ففعل وذكر ابن اسحق ممن من عليه
المطلب بن حنطب اسره ابو ايوب الانصاري فخلى سبيله وابو عزة الجمحي كان محتاجا ذا بنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن عليه واخذ عليه ان لا يظاهر
عليه احدا وامتدح رسول الله صلى الله عليه وسلم بابيات ثم قدم مع المشركين في احد فاسر فقال يا رسول الله اقلني فقال عليه الصلوة والسلام لا تمسح عارضيك
بمكة بعدها تقول خدعت محمدا مرتين ثم امر بضرب عنقه ويكفي ما ثبت في صحيح البخاري من قوله عليه الصلوة والسلام في اسارى بدر لو كان المطعم بن عدي
حيا ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له والعجب من قول شارح بهذا لا يثبت المن لان لو لامتناع الشيء لامتناع غيره يعني ليفيد امتناع المن ولا يخفى
على من له ادنى بصر بالكلام ان التركيب اخبار بانه لو كلمه لتركتهم وصدقه واجب وهو بان يكون المن جائزا فقد اخبر بانه لو سأله لاطلقهم لو سأله اياهم لاطلق
على ذلك التقدير لا يثبت منه الا ان هو جائز شرعا وكونه لم يقع لعدم وقوع ما علق عليه لا ينفي جوازه شرعا وهو المطلوب واجاب المصنف بانه منسوخ
بقوله تعالى اقتلوا المشركين من سورة براءة فانها تقتضي عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشأن وقصة بدر كانت سابقة عليها وقد
يقال ان ذلك في حق غير الاسارى بدليل جواز الاسترقاق فيه فعلم ان القتل المأمور حتما في غيرهم قوله واذا اراد الامام العود ومعه مواش اي من
مواشي اهل الحرب فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها ثم احرقها ولا يعقرها كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان وعقر جعفر بن
ابي طالب فرسه ربما كان لظنه عدم النهي في تلك الوقعة فخشي ان ينال المشركون فرسه فلم يمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال
او كان قبل نسخ المثلة او علمه بها ولا يتركها لهم وقال الشافعي واحمد يتركها لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة قلنا هذا غريب لم يعرف
عنه عليه الصلوة والسلام نعم روي من قول ابي بكر نفسه رواه مالك في موطائه عن يحيى بن سعيد ان ابا بكر رض بعث جيوشا الى الشام
فخرج يتبع يزيد بن ابي سفيان فقال اني اوصيك بعشر لا تقتلن صبيا ولا امرأة ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تعقرن شاة ولا بقرة الا
لمأكلة ولا تحرقن نحلا ولا تخربن عامرا ولا تغرقن ولا تجبن ولا تغلل ثم هو محمول على ما اذا انس الفتح وصيرورة البلاد دار الاسلام وكان
ذلك هو المستمر في بعوث ابي بكر رضي الله عنه فاعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم انه اذا كان كذلك فلا يحرق ولا
يخرب لانه اتلاف مال المسلمين الا ترى الى قوله ولا تحرق وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلوة والسلام اغر على ابنى صباحا ثم حرق
بقي مجرد ذبح الحيوان وانه لغرض الاكل جائز لانه غرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكتهم وتعريضهم على المهلكة والموت وانما يحرق لتقطع
منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان والتحريق لهذا الغرض الكريم بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وفيه احاديث كثيرة منها
حديث البخاري عن ابي هريرة قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا ان وجدتم فلانا وفلانا فاحرقوهما بالنار فلما خرجنا وجانا رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فانه لا يعذب بها الا الله رواه البزار وسماهما هبار بن الاسود ونافع بن
عبد القيس وطوله البيهقي وذكر ابن السبب انهما كانا روعا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه الصلوة
حتى القت ما في بطنها والقضية مفصلة عند ابن اسحق معروفة لاهل السير وذكر البخاري ايضا تحريق علي رض الزنادقة الذين اتي بهم

ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهر

فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت انا لم احرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه واخرج البزار في مسنده عن عثمان بن حبان قال كنت عند ام الدرداء اذ اخذت برغوثا فرمته في النار فقالت سمعت ابا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار الا رب النار هذا وتحريق الاسلحة ايضا وما لا يحرق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم وما في فتاوى الولوالجي تترك النساء والصبيان في ارض خامرة اي خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا حربا علينا لان النساء بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لانه قتل بما هو اشد من القتل الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا اسارى بعد الاستيلاء وقد اوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالاسارى خيرا حدث ابن اسحق عن نبيه ابن وهب اخي بني عبد الدار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اقبل بالاسارى فرقهم بين اصحابه وقال استوصوا بالاسارى خيرا فقال ابو عزير مر بي اخي مصعب بن عمير ورجل من الانصار يأسرني فقال له شد يديك به فان امه ذات متاع قال وكنت في رهط من الانصار حين اقبلوا بي من بدر فكانوا اذا قدموا غداءهم وعشاءهم خصوني بالخبز واكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم بنا ما يقع في يد رجل منهم كسرة من الخبز الا نفحني بها قال فاستحي فاردها على احدهم فيردها علي ما يمسها فكيف يجوز ان يقتلوا جوعا اللهم الا ان يضطروا الى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة والله اعلم **قوله** ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرج الى دار الاسلام قال الشافعي لا بأس بذلك اذا انهزم الكفار وعن ابي يوسف الاحب الي ان لا يقسمها حتى يحرزها ذكره الكرخي وعنه ان لم يكن مع الامام حمولة يحملها عليه قسمها في دار الحرب واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت بالهزيمة ويلزمه ان قسمة الامام هناك لا تفيد ملكا الا ان كان عن اجتهاد فانه امضى التقضا في فصل مجتهد فيه او كان لحاجة فان الحاجة موضعها مستثنى عنه واعلم ان حقيقة مذهبه ان الملك يثبت للغانم باحد امرين اما بالقسمة حقيقيا كان او باختيار الغانم التملك ليس هو قائلا ان الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسمة في دار الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك لاحد بل يتأكد الحق ولهذا لو اعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعتق الشريك ويجري فيه ما عرف في عتق الشريك ويخرج الفروع المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه عنده لو طيه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختيار التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فان سلمت بما يخصه من الغنيمة اخذها والا اخذها وكمل من ماله قيمتها يوم الحمل عندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لانه لا يجد لثبوت سبب الملك وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين وكذا لو استولدها بعد الاحراز بدار الاسلام قبل قسمة عندنا وان تأكد الحق لان الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون الا بعد قيام الملك في المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لان له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد وليس له هنا تملك الجارية بدون راي الامام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات او العرافة فوقعت جارية بين اهل راية صح استيلاد احدهم لها فانه يصح عتقه لها لانها مشتركة بينه وبين اهل الراية شركة ملك وعتق احد الشركاء نافذ لكن هذا اذا قلوا حتى يكون الشركة خاصة اما اذا كثروا فلا لان بالشركة العامة لا يثبت ولاية الاعتاق قال والقليل اذا كانوا مائة او اقل وقيل اربعون وفيه اقوال اخر قال في المبسوط والاولى ان لا يتوقت ويجعل موكولا الى اجتهاد الامام ومنها جواز البيع من الامام لبعض الغنيمة يجوز عندهم لا عندنا مبني على ذلك ومنها لو مات لبعض الغزاة او قتل في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا ويورث عنده بناء

ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة كراهة تنزيه عند محمد رحمه الله فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رحمه الله الافضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة

على التاكيد بالهزيمة حتى صح الملك و لا التاكيد يكفي للارث الا ترى انا نقول انه يورث اذا مات في دار الاسلام قبل القسمة للتاكد لا الملك لانه لا ملك قبل القسمة وهذا لان الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط واستدل على ضعف الحق قبل الاحراز باباحة تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما اتلف من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال والشافعية ان منعوا الثاني لم يمنعوا الاول ومنها لو لحق المدد في دار الحرب قبل القسمة شارك عندنا لا عنده للتاكد وعدمه وانما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لا حق التملك لهذا لو اسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يعتق وكذا ارباب الاموال اذا اسلموا بعد اخذها قبل الاحراز لا يملكون شيئا مقابل بهم من جملة الغزاة في القسمة و في الاستحقاق بسبب الشركة في الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد ذكره في النهاية ومعناه اذا لم يوخذوا فان اسلامهم بعد الاخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالمدد وفي التحفة لو اتلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة لا يضمن عندنا قال وبعض الاحراز بدار الاسلام يتاكد حق الملك ليستقر ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المتلف وهذا المذكور في التحفة مع ما في المبسوط حيث قال واما عندنا فالحق يثبت بنفس الاخذ ويتاكد بالاحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتاكد بالطلب ويتم بالملك بالاخذ وما دام الحق ضعيفا لا يجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض ووجه المعقول للشافعي بان سبب الملك تم بالهزيمة لان بها يتحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه وهذا لانه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح الاسبق اليد اليه على وجه القهر والاستيلاء كما في الصيد والحطب ولانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر وبني المصطلق واوطاس في ديارهم ولنا منع ان السبب تم فان تمامه بثبوت اليد الناقلة اي قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلا واحلالا وهذا انتفت عنه ما دام في دار الحرب لان الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد الا ترى ان الدار مضافة اليهم فدل انه مقهور ما دام فيها نوعا من القهر بدليل ان له ان يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان ظاهرا من وجه مقهورا من وجه فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك فان كل شريك لما اجتمع نصيبه في العين كان ذلك عوضا عن نصيبه في الباقي بخلاف ما اذا خرج العبد مراغما حيث يعتق بوصوله الى عسكر المسلمين وان كان في دار الحرب كذا المراة المراغمة تبين بذلك فانه بالنص بقوله عليه الصلوة والسلام في عبيد الطائف هم عتقاء الله ولان ذلك يد على نفسه ويكفي فيه امتناعه ظاهرا في الحال قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وقسمة النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت اول حدود الاسلام لان مكة فتحت وارض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة واجرى احكام الاسلام فيها وهذا لان دار الحرب تصير دار الاسلام باجراء الاحكام وثبوت الامن للمقيم من المسلمين فيها وكونها مباحة لدار الاسلام هذا على قوله وعلى قولهما بالاول فقط وانت اذا علمت ان الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على ان الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في ان القسمة هل توجب الملك في دار الحرب امكنك ان تجعل الدليل من الجانبين على ذلك تقريره للشافعي انه لا مانع من صحتها في دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا يفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو في دار الاسلام واعلم ان القسمة انما لا تصح اذا قسم بلا اجتهاد واذا اجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الاحراز اما اذا قسم في دار الحرب مجتهد فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام

قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض
او لغيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي
بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب
او ببيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد

واما الحديث الذي ذكره وهو انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب فغريب جدا ثم ذكر المصنف خلافا في ان الخلاف في عدم
جواز القسمة قبل الاحراز وفي كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام من حل الوطي ونفاذ البيع وغيره وقيل الكراهة لا لبطلان
القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها ربما يكاسلون في امر الحرب وربما يتفرقون وربما يكر العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز ثم
قال المصنف هي كراهة تنزيه عند محمد فالافضل ان لا تقسم في دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ما قسم الا في دار الاسلام والافعال المتفقة في الاوقات
المختلفة لا تكون الا لداع هي كراهة خلافية او بطلانه والكراهة ادنى فيحمل عليها للتيقن به قيل ونقل الخلاف بهذا وان كان في المبسوط
غريب لانه لم يعرف خلاف عنهم الا ما روي عن ابي يوسف وهذا لان المسائل الافرادية الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الاحراز
مثل ما سيأتي ان من مات من الغانمين لا يورث حقه من الغنيمة وانه لا يباع من ذلك لعلف ونحوه شيء ومنها عدم جواز التنفيل بعد الاحراز
وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الاحراز ثم وجه الكراهة بقوله لان دليل البطلان اي بطلان القسمة قبل الاحراز راجح
على دليل جوازها الا انه تقاعد عن سلب الجواز لانه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق لم يبطل المرجوح واذا لم يبطل حصل من معارضة
الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما في سور الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة وهذا الكلام ينبو عن القواعد فان الاجماع على وجوب العمل بالراجح
من الدليلين وترك المرجوح ان كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي ترجح عنده وكونه مخالفا ولا اجماع لا يوجب بل لا يجوز له
المجتهد النزول عن مقتضاه والاكثر خلافية من المسائل كذلك اذ لزم حكم البطلان فما موجب اثبات الكراهة والتحقيق في سور الهرة
لعدم تحاميها النجاسة لان دليل الحرمة اللحم الموجب لنجاسة السور عارضه شدة المخالطة ورجح عليه فانتفت النجاسة والكراهة حكم شرعي
يحتاج خصوصه الى دليل وهو شدة المخالطة ودليل الطهارة فقط فبقي الكراهة بلا دليل وهذا اذا لم يكن للمسلمين حاجة اما اذا تحققت لهم
في دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوها قسمها في دار الحرب **قوله والردء** اي العون والمقاتل اي المباشر للقتال مع الكفار وكذا
امير العسكر سواء في الغنيمة لا يتميز واحد منهم على آخر بشيء وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق وسنبين تفصيله فيما يأتي ان شاء
الله تعالى **قوله واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم** اي المدد وفيها عن الشافعي قولان وما ذكره
بناء على ما مهدناه من ان الملك لا يتم للغانمين قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام فجاز ان يشاركهم المدد واقام به الدليل ولا ينقطع حق المدد
الا بثلاثة امور الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب وبيع الامام الغنيمة قبل لحاق المدد وهذا على ما حققناه للمبني تأكد الحق وعدمه
وما استدل به الشافعي من صحيح البخاري عن ابي هريرة رضي الله عنه بعث عليه الصلوة والسلام ابانا على سرية قبل نجد فقدم ابان واصحابه
على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر بعدما افتتحها الى ان قال فلم يقسم لهم لا دليل لهم فيه لان وصول المدد في دار الاسلام لا يوجب
شركة وخيبر صارت دار الاسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة في دار الاسلام واما اسهامه لابي موسى الاشعري رضي الله عنه ففي الصحيحين
عنه قال بلغنا مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه انا واخوان لي انا اصغرهم احدهما ابو بردة
والآخر ابو رهم في بضع وخمسين رجلا من قومي فركبنا سفينة فالقتنا الى النجاشي فوافقنا جعفر بن ابي طالب واصحابه عنده فقال جعفر ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا هنا وامرنا بالاقامة فاقيموا معنا فاقمنا حتى قدمنا فوافقنا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين فتح خيبر

قال ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رض او تاويله ان يشهدها على قصد القتال وان لم تكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال العبد الضعيف هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رح وقد بيناه ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رح من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه

فاسهم لنا ولم يسهم لاحد غاب عن فتح خيبر الا اصحاب سفينتنا فقال ابن حبان انما اعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لا من الغنيمة وهو حسن الا ترى انه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدها وحمل بعض الشافعية على انهم شهدوا قبل حوز الغنائم خلاف مذهبهم فانه لا فرق عندهم في عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الحوز او بعد كونه بعد الفتح قوله ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة لا سهم ولا رضخ الا ان يقاتلوا فح يستحقون السهم وبه قال مالك واحمد وللشافعي قولان احدهما كقولنا والآخر يسهم لهم واستدل الشافعي بما روي عنه عم انه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة والصحيح انه موقوف على عمر رض كما ذكر المص ذكره ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا وكيع انا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق عن ابن شهاب ان اهل البصرة غزوا نهاوند فامدهم اهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رض فظهروا فاراد اهل البصرة ان لا يسهموا لاهل الكوفة فقال رجل من بني تميم ايها العبد الاجدع تريد ان تشاركنا في غنائمنا وكانت اذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خير اذني سببت ثم كتب الى عمر رض فكتب عمر رض ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ورواه الطبراني والبيهقي وقال وهو صحيح من قول عمر رض واخرج ابن عدي عن علي رض الغنيمة لمن شهد الوقعة وهذا قول صحابي وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد اياه وكذا عند الكرخي عن مشايخنا وعلى قول الآخرين تاويله ان يشهد على قصد القتال والوقعة هي القتال وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال انما يعرف باحد امرين باظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره ثم المحافظة على ذلك القصد الظاهر وهذا هو السبب الظاهر الذي تنبني عليه الحكم او بحقيقة قتاله بان كان خروجه ظاهرا لغيره كالسوقي وسائس الدواب فان خروجه ظاهر لغيره فلا يستحق بمجرد شهوده اذ لا دليل على قصد القتال فاذا قاتل ظهر انه قصده غير انه ضم اليه شيئا آخر كالتجارة في الحج لا ينقص به ثواب حجه وعلى كونه السبب ما قلنا فرع مالو اسر في دار الحرب فاصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل ان يخرجوا شاركهم فيها وفي كل ما يصيبونه وان لم يقاتلوا بعد ولو لحق بعسكر غير الذي خرج معهم وقد اصابوا غنائم لا يشاركهم الا ان يلقوا قتالا لا بد فيقاتل معهم لانه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم ولما كان قصده من اللحوق بهم الفرار فلا يستحق الا ان يقاتلوا فيقاتل معهم لانه ح تبين انه قصد باللحاق بهم القتال وكذا من اسلم في دار الحرب ولحق بالعسكر والمرتد اذا تاب ولحق بالعسكر والتاجر الذي دخل بامان اذا لحق بالعسكر ان قاتلوا استحقوا والا فلا شيء لهم قوله

واذا لم يكن للامام حمولة تقتح الحاء لا لحمل عليه من بعير وفرس وغيره يقسمها بينهم فقيل قسمة الغنيمة في دار الحرب للحاجة فيكون هذا القسمة بالاجتهاد فيصح وقيل قسمة ايداع الى دار الاسلام ويستردها ويقسمها ثم على هذا يكون بالاجرة وهل يكرههم على ذلك في السير الصغير لا يكرههم لانه انتفاع بمال الغير لا يطلب من نفسه فهو كمن نفقت دابته في دار الاسلام ومع رفيقه دابة ليس له ان يحمل عليها كرها باجر المثل ابتداء الا فيما بقاء كما اذا انقضت مدة اجارة السفينة في وسط البحر او البعير في البرية فانه ينعقد بينهما اجارة باجر المثل جبرا وفي السير الكبير يكرههم لانه دفع الضرر العام بالضرر الخاص لان منفعتهم راجعة اليهم والاجرة من الغنيمة والاوجه انه ان خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وان لم يخف قسمها قسمة الغنيمة في دار الحرب فانه يصح للحاجة وفيه اسقاط الاكراه واسقاط الاجرة وقوله في المختصر اي القدوري قوله ولا يجوز بيع الغنائم في دار الحرب لعدم الملك اي الملك بقوله وقد بينا الاصل فيه وهذا في بيع الغزاة ظاهر اما بيع الامام لها فذكر الطحاوي انه يصح لانه مجتهد فيه يعني انه لا بد ان يكون للامام راي المصلحة في ذلك وان قلة تخفيف اكراه الحمل عن الناس او عن البهائم ونحوه تخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة جزافا فلا يقع فينعقد بلا كراهة مطلقا قوله ومن مات من الغانمين تقدم تفريعها على عدم الملك قبل دار الاسلام

ابن حبان ... (ابن جماعة)

يحمل

قال ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال العبد الضعيف أرسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الاخرى وجه الاولى انه مشترك
بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في
دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة
وقد تمس اليه الحاجة فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعملوا
الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتاويله اذا احتاج اليه بان لم يكن
له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه انما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا
يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة واما الثياب والمتاع
فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه
اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في
الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين فان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج

وهو المراد بقوله وقد بيناه (قوله ولا بأس بان يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام) علف الدابة علفا من باب ضرب
فهو معلوفة وعليف والعلف ما اعتلفه وحاصل ما هنا ان الموجود اما يؤكل او لا وما يؤكل اما يتداوى به كالهليلج او لا فالثاني ليس لهم
استعماله الا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بان مات فرسه او انكسر سيفه اما اذا اراد ان يوفر سيفه وفرسه باستعمال
ذلك لا يجوز ولو فعل اثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت لان الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق
على وجه يكون اثر الملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فانها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده الى الغنيمة اذا انقضى الحرب وكذا الثوب
اذا اضره البرد يستعمله ثم يرده اذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل الى الثياب والسلاح قسمها ولم يذكر محمد قسمة السلاح
ولا فرق كما ذكر المصنف لان الحاجة في السلاح والثياب واحدة بخلاف السبي لا يقسم اذا احتيج اليه لانه من فضول الحوائج لا من اصولها فيستصحبهم الى
دار الاسلام مشاة فان لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل
يعني بالاجر فيه روايتان تقدمتا واما ما يتداوى به فليس لاحد تناوله وكذا الطيب والادهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لانه ليس في
محل الحاجة الى المفضول وقال عليه الصلوة والسلام ردوا الخيط والمخيط ولان الشان لو تحقق باحدهم مرض يحوجه الى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب
فالمعتبر حقيقة الحاجة واما ما يؤكل لا للتداوي سواء كان مهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والخبز والزيت والعسل والسكر والفاكهة اليابسة
والرطبة والبصل والشعير والتبن والادهان الماكولة كالزيت والسمن فلهم الاكل والادهان بتلك الادهان لان الادهان
انتفاع في البدن كالاكل ويوقحوا الدواب بها وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن اذا حفي من كثرة المشي والراء في ترقيح
خطأ كذا في المغرب لكن الاصح جوازه ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ وفي الجمهرة رقح
معيشته ترقيحا اذا اصلحها والتشديد تركيب ما رقح من عيشه حيث فيهيج يا ... من الناس الذي لا نظام لهم فالترقيح اعم من الترقيح وكذا اكل ما يكون
غير مهيأ كالغنم والبقر فلهم ذبحها واكلها ويردون الجلد الى الغنيمة ثم شرط في السير الصغير الحاجة الى التناول من ذلك وهو القياس ولم يشترطها
في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الائمة الثلاثة فيجوز لكل من الغني والفقير تناوله الا التاجر والداخل لخدمة الجندي باجر لا يحل
لهم ولو فعلوا لا ضمان عليهم ويأخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانهم الذين دخلوا معه وينبغي ان يأخذ ما يكفي الداخل
لخدمته كعبده لان نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي ان يأخذه لاجله ولان دليل الحاجة قائم وهو كونه في
دار الحرب منقطعا عن الاسباب فيدار الحكم عليه بخلاف نحو السلاح والثياب بناء على حقيقة الحاجة والحديث الذي ذكره المصنف من قوله
عليه الصلوة والسلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها رواه البيهقي انبأنا علي بن احمد بن بشر انبأنا ابو جعفر الرازي ثنا احمد بن حنبل
ثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن ... الفضل عن العباس بن عبد الرحمن الاشجعي عن ابي سفيان عن ابن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا واخرجه الواقدي في مغازيه بغير هذا السند وهذا الاطلاق يوافق رواية السير الكبير واخرج ابو داود
عن عبد الله بن ابي اوفى اصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف واخرج البيهقي عن هانئ بن كلثوم ان
صاحب جيش الشام كتب الى عمر رضي الله عنه انا فتحنا ارضا كثيرة الطعام والعلف فكرهت ان اتقدم لشيء من ذلك الا بامرك فكتب اليه دعهم يأكلون

قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء وقال الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح الآخر وفي قول محمد رح وهو قول ابي يوسف رح الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد رح تثبت

وليس للغانمين حق باعتبار سببه اذ فضة فيه خمس لله وسهام للمسلمين وهذا دليل ما ذكر في الكتاب من قوله ولا يجوز ان يبيعوا من الكتاب ولا يتبعوه فان باعوا ردوا الثمن الى الغنيمة لانه عوض عن حق مشترك بين الغانمين استحقاقا قوله ومن اسلم منهم هنا اربع مسائل احدها اسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج الينا حتى ظهر على الدار والحكم فيها ما ذكر في الكتاب من انه احرز نفسه وولده الصغار وما كان في يده من المنقولات الى اخر ما سنذكر ثانيها اسلم في دار الحرب ثم خرج الينا ثم ظهر على الدار فجميع ماله هناك فيء الا اولاده الصغار لانهم حين اسلم كان تبعا لهم صغار ومسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم وما اودع مسلما او ذميا ليس فيئا لان يدهما يد صحيحة على ذلك المال فيمنع احراز المسلم فيرد عليه وما اودع حربيا ففي ظاهر الرواية فيء وعن ابي حنيفة انه لان يده تخلف يده وجه الظاهر انها ليست يدا صحيحة حتى لا يندفع اغتنام المسلمين عن اموالنا ثالثها مستامن اسلم في دار الاسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الاولاد الصغار والمال فيء لان تباين الدارين قاطع للعصمة فبالظهور ثبت الاستيلاء على الكل رابعها في غير الاولاد فظاهر واما فيهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الاموال ولو دخل المسلم او الذمي دار الحرب بامان فاشترى منهم اموالا واولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له الا الدور والارضين فانها فيء لان يده صحيحة لانه مسلم فيكون يده محترزة دافعة لاحراز المسلمين اياها فاما الارضون فالوجه فيها ما سنذكره من قاتل من عبيده فيء واما الحبلى الحربية وفي بطنها ولد وهي عند حربي له لانه ما دام في دار الحرب فيده عليها دلالة الى مسئلة الكتاب قال ومن اسلم منهم الخ قال المصنف معناه في دار الحرب قيد به احترازا عما اذا اسلم مستامن في دار الاسلام ثم ظهر على الدار فان جميع ما خلفه فيها في على ما ذكرنا ونحو ذلك اعم من كونه خرج الينا او لم يخرج الينا والحكم المذكور يخص ما اذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته آنفا من ان الذي خرج فظهر على الدار عنده لا يحرز غير نفسه فلا بد من التقييد لكل من كونه في دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وقوله يحرز نفسه واولاده الصغار لانهم مسلمون تبعا له ان بالنصب عطفا على نفسه من نفذ وعبيده واما لم يقاتلوا لقوله عليه الصلوة والسلام من اسلم على مال فهو له قال محمد ثنا الثقة ثنا ابن لهيعة قال ثنا ابو الاسود عن عروة بن الزبير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اسلم على شيء فهو له احسن من هذا السند ما رواه سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وهذا مرسل صحيح وروى ابو داود عن ابان بن عبد الله بن ابي حازم عن ابيه عن جده صخر بن العيلة انه عليه الصلوة والسلام غزا ثقيفا فساقه الى ان قال فدعاه اي دعا النبي صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم ثم ساقه الى ان قال وسالت نبي الله صلى الله عليه وسلم ماء لبني سليم قد هربوا عنه واسلموا فاعطاه اياه فاسلم يعني السلمين وساقه الى ان قال فقالوا يا رسول الله اسلمنا واتينا صخرا ليدفع الينا ماءنا فابى فدعاه فقال يا صخر ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم فادفع الى القوم ماءهم ودابان هذا اختلف في توثيقه وتضعيفه وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم ياء ساكنة ثم ياء مثناة من تحت ويقال ابن ابي العيلة ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه وقوله او وديعة اودعها في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة نغصب وديعة ويده اي يد المودع كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وما له من زرع قبل ان يحصد لانه تبع للارض وقال الشافعي هو له لانه في يده فهو كالمنقول ولم يذكروا خلافا

وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رحمه هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزء منها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا يكون فيئا قال العبد الضعيف عصمه الله كذا ذكر محمد رح الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة

في شرح الجامع الصغير ونقل المص عن بعضهم نقل الخلاف فقال وقيل هذا قول ابي حنيفة رح وابي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد لا تثبت حقيقة على العقار عندهما وعند محمد تثبت وحكى شمس الائمة على خلاف هذا فقال فاما عقاره فهو غنيمة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف استحسن فاجعل عقاره له لانه ملك محترم له كالمنقول انتهى وحكى غيره ان عندهما العقار فيء وعند ابي حنيفة هو فيء ووجه ما ذكره المص بقوله ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة بل حكما ودار الحرب ليست دار احكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم اقوى من يد السلطان واهل الدار لانها جعلتا شرعا سالبة لما في ايديهم فظاهر ما ذكرناه من حديث ابان لشهد لكونه غير فيء فانه قال يحقن منهم ماهم ان القوم اذا اسلموا احرزوا اموالهم فسماه مالا والمراد من الماء الارض التي فيها الماء لا النفس لما بخصوصه الا ترى الى قوله اترك لي فانزل اياه والاستدلال لقوله عليه الصلوة والسلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم بناء على تسميتها مالا في ذلك الحديث لكن قد ضعفت ابانا جماعة مع احتمال ان يراد حقيقة الماء ونزول الارض لا حاجة قال وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء وان حكم باسلامه تبعا لخير الابوين دينا خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم كالمنفصل ولنا انه جزء ما فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره كما لو تزوج امة الغير يكون اولاده مسلمين ارقاء بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون لا يتبعونه في الاسلام والخلاف في هذا ومن قاتل من عبيده فهو فيء خلافا للائمة الثلثة رح والظاهر معهم لانه لم يخرج عن كونه مالا ولاصحابنا انه لما قاتل والفرض ان سيده مسلم فقد تمرد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لاهل دارهم فانقطعت نسبته بالمالية الى مولاه لان كمال معنى المالية بالملك واليد وعن هذا قلنا ما كان من ماله في يد حربي غصبا فهو فيء لارتفاع يده بالغصب واليد التي خلفت ليست صحيحة ولا محترمة لان الحربي الغاصب ملكه بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة قال الفقيه ابو الليث وكذا اذا كان وديعة عند حربي عندهما خلافا للائمة الثلاثة في الفصلين لاطلاق الحديث ولابي يوسف ومحمد في فصل الوديعة لان يد المودع كيده ولو كانت في يده حقيقة لا يكون فيئا فلذا اذا كانت في يده حكما بخلاف الغصب لانه ليس في يده حقيقة ولا حكما ولابي حنيفة رح ان يد الحربي ليست محترمة الا ترى انها لا تدفع يد الغانمين عن ماله فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم واورد ان يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب ان تعمل عمل الاصل وهو يد المسلم لا بوصف نفسها كما ان التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء رفع الحدث فيكون المال معصوما بالعصمة صاحبه اجيب بجوابين احدهما ان المال في الاصل غير معصوم بل على الاباحة وانما ينعصم تبعا لعصمة المالك وتبعيته له في العصمة انما تثبت اذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة او حكما مع الاحترام وكلاهما انتفت هنا وهذا لماقد يمنع فيه عدم الاحترام بل يده الحكمية محترمة وغير المحترمة انما هي يد الحربي الحقيقية الثاني ان قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكمي فاعتبار الحكم ان اوجب العصمة فالحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك ويرد على هذا منع انها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت في حين اسلم للاجماع على ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي والنص يوجب في ملكه العصمة بالاسلام واما ما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فقال المص هو فيء عند ابي حنيفة خلافا لهما وقال هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وفي بعض النسخ وقالا لا يكون فيئا الى ان قال وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد فلا شك ان هذا تكرار لا معنى له ثم قال في النهاية انه تتبع النسخ والصحيح منها

وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لأن الضرورة قد ارتفعت والإباحة باعتبارها ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الإخراج إلى دار الإسلام ومن فضل معه علف أو طعام رده إلى الغنيمة معناه إذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه أنه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لأنه كان أحق به قبل الإحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين إن كانوا انتفعوا به بعد الإحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل فأخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فأن لله خمسه وللرسول استثنى الخمس

إلى المالك وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا إلا أن رواية السير الكبير على ما ذكر الإمام شمس الأئمة كذا أو في المحيط ولم يذكر فيها قول أبي يوسف مع محمد كان فخر الإسلام قال في الجامع ولو كان وديعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أو ذمي فهو فيء لنا فهو سهو وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون فيئا وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي وغيرهما لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها المال وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام بل هي بسبب اندفاع شره به فإنما هو محرم التعرض في الأصل لكونه مكلفا محل الأمانة وإباحة التعرض كان لعارض شره فلما اندفع بالإسلام عاد الأصل بخلاف المال فإنه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك في الأصل وليست في يده في حال الغصب لا حقيقة ولا حكما فليس في يد أحد فلم تثبت العصمة فكان مباحا بخلاف ما لو كان في يد المسلم أو الذمي وديعة فإنه في يد مالكه حكما مع الاحترام فلم يكن فيئا وما تقدم من أن الملك تم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره الواليت يقتضي أن يزول ملكه إلى المسلم بل الغاصب وح لا يكون مباحا اللهم إلا أن يتعبر على نقصان الملك بسبب زوال اليد وقوله وليست في يده حكما انتت على تأويل الأموال **فرع** أسر العدو عبدا ثم أسلموا فهو لهم لأنه مال أسلموا عليه ولو كان ذلك العبد جنى جناية أو أتلف متاعا يلزمه قيمته بطلت الجناية ولزم الدين لأن حق ولي الجناية في رقبته فلا تبقى بعد زوال ملك المولى ألا ترى أنه لو زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية وأما الدين ففي ذمته فلا تبطل عنه بتبدل الملك وهذا لأن الدين شاغل لمالية فأما ملكه مشغولا به فلو اشتراه رجل منهم أو أصابه المسلمون في غنيمة أي ولم يسلموا وأخذه المولى بالقيمة أو الثمن فإن الجناية لا تبطل عنه لأنه يعيده إلى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال **قوله** وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا الغنيمة ولا يأكلوا منها لأن الضرورة اندفعت والإباحة التي كانت في دار الحرب إنما كانت باعتبارها ولأن الحق تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الإخراج ومن فضل معه طعام أو علف يرده إلى الغنيمة معناه إذا لم يكن قسمة الغنيمة في دار الحرب لشرطه وهو انتفع به قبل قسمتها بعد الإحراز يرد قيمته وهو قول مالك أحمد والشافعي في قول وعنه أنه لا يرده اعتبارا بالمتلصص وهو الواحد الداخل والاثنان إلى دار الحرب إذا أخذ شيئا فأخرجه يختص به قلنا ما تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لأنه وإنما أحق قبل الإخراج وبعده وأما بعد القسمة فيتصدقون بعينه إن كان قائما وبقيمته إن كانوا باعوه هذا إذا كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين لتفرقهم وإن كانوا انتفعوا فيه فلا شيء عليهم وعلى هذا

قيمة ما انتفع به بعد الإحراز يتصدق بها الغني لا الفقير

فصل في كيفية القسمة قيل لما بين أحكام الغنيمة شرع يبين قسمتها ولا يخفى أن من أحكام الغنيمة وجوب قسمتها وإنما أفرده بفصل على حدة لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة إلى غيره من الأحكام ولأن القسمة جعل النصيب الشائع مباحا معينا **قوله** ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها أي حين القسمة بين الغانمين ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين ثم أقول القدوري وقال المصنف لقوله تعالى فأن لله خمسه استثنى الخمس أي الله تعالى أخرج الخمس من أن يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى الإخراج وهو من استثنيت الشيء رويته لتقسي فهذا يرجع إلى قول الله تعالى لا قسمة الإمام بل الخمس أجمل في قسمته إذ حاصل بيان قسمتها هو أن يعطي خمسها لليتامى والمساكين وابن السبيل

ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة رح
وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي رح لما روى ابن عمر رض ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل
سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة رح
ما روى ابن عباس رض ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف

على ما سياتي ويعطي الاربعة الاخماس للغانمين فعند ابي حنيفة رح وزفر للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما وهو قول مالك والشافعي واحمد واكثر اهل العلم
للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهم لهم ما روى عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما لفظ البخاري واخرجه الستة الا النسائي
وفي مسلم عنه قسم في النفل للفرس سهمين وللرجل سهما وفي رواية باسقاط لفظ النفل وفي رواية اسهم للرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه وهذه الالفاظ
كلها تبطل قول من اول من الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان بل في بعض الالفاظ القائمة قسم خيبر على ثمانية عشر سهما
وكانت الرجالة الفا واربعمائة والخيل مائتين وعن ابن عباس رض مثله ولان الاستحقاق بالغناء وهو بالمدد والنفع الاجزاء والكفاية وغناء الفارس الكر اي الحملة
على الاعداء والفر الكائن للكرة او للتجارة في موضع يجوز الفرار وهو اذا علم انه مقتول ان لم يفر كيلا يرتكب المنهي عنه في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم
الى التهلكة والثبات وليس للراجل الا الثبات فاغنى في ثلاثة امور والراجل في واحد عنهما واستدل المصنف لابي حنيفة بحديث ابن عباس انه
عم اعطى الفارس سهمين والراجل سهما وهو غريب من حديث ابن عباس نعم الذي رواه اسحق بن راهويه في مسنده قال حدثنا محمد
بن الفضل بن غزوان ثنا الحجاج عن ابي صالح عن ابن عباس قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما واخرجه
ايضا من طريق ابن ابي ليلى عن الحكم عن ابن عباس رض نحوه في حديث الخمس برواية غير واحد من الائمة لكن في هذا احاديث منها ما في ابي داود
عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري قال سمعت ابي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصاري عن عمه مجمع بن جارية
الانصاري وكان احد القراء الذين قرؤا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس يهزون الاباعر فقال
بعض الناس لبعض ما للناس قالوا اوحي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس نوجف فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على
راحلته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرا عليهم انا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يا رسول الله افتح هو قال نعم والذي نفس محمد بيده انه لفتح فقسمت
خيبر على اهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين
واعطى الراجل سهما قال ابو داود وهذا وهم انما كانوا مائتي فارس فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه سهما وقال الشافعي انما قال
فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه فغلط الراوي عنه واعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب واما ابنه مجمع الراوي عنه فثقة
ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو انه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد
وله سهم في مسند الواقدي واخرج الواقدي ايضا في المغازي عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام شهدت بني قريظة فارسا فضرب لي
سهم وللفرس سهم ومنها ما اخرج ابن مردويه في التفسير ثنا محمد بن محمد السري ثنا المنذر بن محمد ثني ابي ثنا يحيى بن محمد بن هاني عن محمد بن اسحق قال ثنا
محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة رض قالت اصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق فاخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين
فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما ومنها حديث ابن عمر رض الذي عارض به المصنف رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا ابو اسامة وابن نمير قال
ثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما انتهى ومن طريقه رواه الدارقطني
وقال قال ابو بكر النيسابوري هذا عندي وهم من ابي شيبة لان احمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا
وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن ابي اسامة خلاف هذا يعني انه اسهم للفارس ثلاثة اسهم ثم اخرجه عن نعيم ثنا ابن المبارك عن عبيد الله

وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه

بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولا شك ان نعيما ثقة وابن المبارك من اثبت الناس واخرجه ايضا عن يونس بن عبد الاعلى ثنا ابن وهب اخبرني عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما وقال وتابعه ابن ابي مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمري ورواه القعنبي عن العمري بالشك في الفارس او الفرس ثم اخرجه عن حجاج بن منهال ثنا حماد بن سلمة ثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد بن حماد روى حديث عبيد الله متعارضا الكرخي لكن رواية البيهقي عنه اثبت وروى الدارقطني ايضا في كتابه المؤتلف والمختلف ثنا عبد الله بن محمد بن اسحق المروزي ومحمد بن علي بن ابي رواية قالا ثنا احمد بن عبد الجبار ثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن امين عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر في فعله عليه الصلوة والسلام مطلقا نظرا الى تعارض رواية غير ابن عمر ايضا ترجح النفي بالاصل وهو عدم الوجوب بالمعنى وهو ان الكر والفر جنس واحد والثبات جنس احدهما اثنان للفارس وللراجل احدهما فله ضعف ما له ولان الزيادة ليست الا بزيادة في الغناء ضرورة واذا تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة لانه كم من راجل انفع فيه من راجل وفارس من فارس ولا يستنكر زيادة غناء راجل عن فارس فانما يدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان في الغناء بنفسه وفرسه وللراجل بنفسه فقط فكان على النصف وقول المصنف واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره يريد ابن عباس رضي الله عنهما وما فيه فان قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث [illegible] ابن عمر في البخاري فهو اصح قلنا قدمنا غير مرة ان كون الحديث في كتاب البخاري اصح من حديث آخر في غيره مع فرض ان رجاله رجال الصحيح او رجال روى عنهم البخاري تحكم محض لا نقول به مع ان الجمع وان كان احدهما اقوى من الآخر اولى من ابطال احدهما وذلك فيما قلنا بحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان اعمالهما اولى من اعمال احدهما بعد كونه سندا صحيحا على ما ذكر من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الاعلى وذكرنا من تابعه واما قوله التعارض فعلاه فرجع الى قوله يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف ويخطئ من عزاه لابن ابي شيبة ثم هو وزان ما تقدم له في سجود السهو من قوله تعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله وعلم ما تقدم هناك من انه يفيد ان المصير اولا الى الفعل فاذا تعذر التمسك به رجع الى القول وليس كذلك هذا واعلم ان مخارج الحديث الثلاثة اكثر فانه روي من حديث ابن عمر رضي الله عنهما واخرجه ابو داود من حديث ابن ابي عمرة عن ابيه والطبراني من حديث ابي رهم وهو مختلف في صحبته واخرجه ايضا من حديث ابي كبشة الانماري والبزار من حديث المقداد واخرجه اسحق بن راهويه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما وكذا الطبراني وابو عبيدة القاسم بن سلام واخرجه احمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطني عن عبد الله بن الزبير واخرجه الدارقطني ايضا من حديث جابر واخرجه ايضا من حديث ابي هريرة واخرجه ايضا من حديث سهل بن ابي حثمة وهي مع انها لم تسلم من المقال تماما لا ينافي قول ابي حنيفة رحمه الله لانك قد علمت ان الاحاديث الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الوقعة ونص حديث ابن عمرة اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم اربعة نفر ومعنا فرس [illegible] فيه وكذا حديث احمد انه عليه الصلوة والسلام اعطى الزبير يومئذ سهما ولفرسه سهمين وكذا حديث جابر فانه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فاعطى الفارس منا ثلاثة اسهم واعطى الراجل سهما بل هذا ظاهر في انه ليس امرا مستمرا الا قال كان عليه الصلوة والسلام يقضي عليه الصلوة والسلام بنحوه فلما قال غزاة وقد علم انه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا في ان غيرها لم يكن كذلك نعم في رواية الدارقطني

ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف رح يسهم لفرسين لما روي ان النبي عليه السلام اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيي فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين ولم يسهم رسول الله عليه السلام الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فلا يسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل

الحديث الزبير اعطاني يوم بدر وفي رواية له اخرى عنه يوم خيبر ولا ينافي اذ اجاز كونه قسم له ذلك فيهما واما في حديث سهل بن ابي خيثمة شهدنا حنينا فاسهم لفرسه سهمين وله سهما وفي حديث عبد الله بن ابي بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق في غزوة قريظة انه عليه الصلوة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة اسهم له سهم ولفرسه سهمان لا يقتضي ان ذلك مستمر منه عليه الصلوة والسلام وقد بقي حديث بني المصطلق عن عائشة رضـ وتقدم ما يعارض حديث بني قريظة واما حديث ابي كبشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اني جعلت للفرس سهمين وللفارس سهما فمن نقصهما نقصه الله تعـ فلم يصح لان رواية محمد بن عمران القيسي اكثر الناس على تضعيفه وتوهينه قوله ولا يسهم الا لفرس واحد اذا دخل دار الحرب لفرسين او اكثر وهذا قول مالك والشافعي رحـ وقال ابو يوسف رحـ وهو قول احمد يسهم لفرسين فيعطى خمسة اسهم سهم له واربعة اسهم لفرسيه ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية عن ابي يوسف رحـ وانما هو في رواية الاملاء عنه فاستدل المصـ لذلك بما روي انه عـم اسهم لفرسين وهذا روي من حديث ابي عمرة رضـ بشير بن عمرو بن محصن قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسي اربعة اسهم ولي سهما فاخذت خمسة اسهم رواه الدارقطني ومن حديث الزبير اخرجه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن يحيى الاسلمي اخبرنا صالح بن محمد عن مكحول ان الزبير رضـ حضر خيبر بفرسين فاعطاه النبي صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعي عن مكحول منقطعا وقال رحـ قال الشافعي رحـ في دفعه وهشام اثبت في حديث ابيه الى ان قال واهل المغازي لم يرووا انه عليه الصلوة والسلام اسهم لفرسين ولم يختلفوا انه عليه الصلوة والسلام حضر خيبر بثلاثة افراس السكب والظرب والمرتجز ولم ياخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم عن هشام بن عروة عن ابيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رضـ قال اعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر اربعة اسهم سهمين لفرسي وسهما لي وسهما لامي من ذوي القربى ومن رواية هشام بن عروة ايضا عن يحيى بن عباد رحـ عن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر للزبير بن العوام باربعة اسهم سهم له وسهم لامه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وهذا احسن الا ان قول اهل المغازي لم يرووا انه اسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدي في المغازي ثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال كان مع الزبير رضـ يوم خيبر فرسان فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وقال ايضا حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن ابي صعصعة عن الحارث بن عبد الله بن كعب ان النبي صلى الله عليه وسلم قاد في خيبر ثلاثة افراس لزاز والظرب والسكب وقاد الزبير بن العوام افراسا وقاد خراش بن الصمة فرسين وقاد البراء بن اوس فرسين وقاد ابو عمرة الانصاري فرسين فاسهم عليه الصلوة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة اسهم اربعة لفرسيه وسهما له وما كان اكثر من فرسين لم يسهم له ويقال انه لم يسهم الا لفرس واحد والثبت ذلك انه اسهم لفرس واحد ولم يسمع انه صلى الله عليه وسلم اسهم لنفسه الا لفرس واحد الى هنا كلام الواقدي مع اختصاره وقال سعيد بن منصور ثنا فرج بن فضالة ثنا محمد بن الوليد الزبيدي عن الزهري ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى ابي عبيدة بن الجراح ان اسهم للفرس سهمين وللفرسين اربعة اسهم ولصاحبهما سهما فذلك خمسة اسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنائب وقال سعيد ايضا ثنا ابن عياش عن الاوزاعي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين واما ما ذكره المصـ عن البراء بن اوس انه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه مما ذكرناه عن الواقدي رحمه الله وذكرناه ابن منده في كتاب الصحابة قال روى محمد بن قرين عن محمد بن عمرو المدني عن يعقوب بن محمد رحـ

والبراذين والعتاق سواء لأن الإرهاب مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف إطلاقا واحدا ولأن العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي رحمه الله على عكسه في الفصلين وكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله في الفصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب له أن السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت وتعليق الأحكام بالقتال يدل على إمكان الوقوف عليه ولو تعذر أو تعسر يعتبر حالة شهود الوقعة لأنه أقرب إلى القتال ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لأنه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه إذ هو السبب المفضي إليه ظاهرا إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا كان أو راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق

وبعضهم عن ابن الزبير بن اوس انه قاد مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة اسهم الا ان هذه غريبة قال مالك في الموطأ لم اسمع بالقسم الا لفرس واحد واستمر العمل على طريقة حمل الزائد على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل حديثه في مسلم قال قدمنا المدينة فساق الحديث بطوله الى ان قال فلما اصبحنا قال خير فرساننا اليوم ابو قتادة وخير رجالتنا سلمة بن الاكوع ثم اعطاني سهمين سهم للفارس وسهم للراجل فجمعهما لي جميعا ورواه ابن حبان وقال كان سلمة بن الاكوع في تلك الغزاة راجلا فاعطاه من خمسه عليه الصلوة والسلام لا من سهمان المسلمين ورواه القاسم بن سلام وقال كان سلمة قد استنقذ لقاح النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن مهدي فحدثت به سفيان فقال خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم قال القاسم ووجهه عندي اولى من حمله على انه اعطاه من سهمه والا لم يسم نفلا بل هبة وخبر سلمة واللقاح مفصل في السيرة قوله البراذين وهي خيل العجم واحدها برذون والعتاق جمع عتيق اي جواد وهي كرام الخيل العربية هما سواء في القسم فلا يفضل احدهما على الآخر وكذا لا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون ابوه من البراذين وامه عربية ولا على المقرف وهو ما يكون ابوه عربيا وامه برذونة قيل انما ذكر هذا لان من اهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا شاذا وحجتنا فيه ما ذكر في الكتاب من ان اطلاق الخيل يشملها وكذا الارهاب لان في كل خصوصية ليست في الاخرى والعتيق ان فضل بجودة الكر والفر فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف وكونه الين عطفا من العربي غير صحيح لان هذا امر من التعليم والعربي اقبل للادب من العجمي من الخيل وكون احد يقول لا يسهم بالكلية للفرس العجمي بعيد ويمكن ان يكون ذكره لما نقل عن عمر انه فضل اصحاب الخيل العربية على المقارف وفي سيرة ابن هشام حدثني ابو عبيدة قال كتب امير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه الى سلمان بن ابي ربيعة الباهلي وهو بارمينية يأمره ان يفضل اصحاب الخيل العراب على اصحاب الخيل المقارف في العطاء فعرض الخيل فمر به فرس عمرو بن معدي كرب فقال سلمان فرسك هذا مقرف فغضب عمرو وقال هجين عرف هجينا مثله فوثب اليه قيس فتوعده فقال عمرو

اتوعدني كانك ذو رعين ÷ بافضل عيشة او ذو نواس ÷ وكائن كان قبلك من نعيم ÷ وملك ثابت في الناس راسي ÷ قديم عهده من عهد عاد ÷ عظيم قاهر الجبروت قاسي ÷ فامسى اهله بادوا وامسى ÷ يحول من اناس في اناس

قوله ومن دخل دار الحرب فنفق فرسه اي هلك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى في دار الحرب فرسا فقاتل فارسا عليه استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه في الفصلين وكذا روى ابن المبارك في الفصل الثاني عن ابي حنيفة اي فيما اذا دخل راجلا فاشترى فرسا فقاتل عليه ان له سهم فارس وظاهر المذهب الاول والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب وعنده حال الحرب له ان السبب في استحقاق الغنيمة اذا وجدت هو القتال فيعتبر حال الشخص المستحق عنده دون المجاوزة لانها انما هي وسيلة الى السبب اي العلة الحقيقية كالخروج من البيت لقصد القتال في دار الحرب فانه وسيلة الى السبب وحال الغازي عنده لا يعتبر بالاتفاق فكذا عند المجاوزة والدليل على ان المعتبر حال القتال تعلق الاحكام به الراجعة الى استحقاق الغنيمة اتفاقا فيما اذا قاتل الصبي والعبد وغيرهما فانهم يستحقون الرضخ فظهر اعتباره شرعا في حق استحقاق الغنيمة فانه غير متعذر ولو تعذر او تعسر فشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال من المجاوزة ولنا ان المجاوزة نفسها من القتال لانهم يلحقهم الخوف بها والاغارة والحال بعدها حال بقاء القتال لانه تفرع القتال الى المجاوزة الى ذراريهم وسكوتها تهرابا المنعة لاماكنهم والى حقيقة المسابقة ولا معتبر بحال الدوام ولان الوقوف على حقيقة

ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باعه حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته

ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام

القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال تشاغل لكل احد فيتعذر على الامام استعلامه بنفسه او بشهادة العدول بكل فرد فسقط اعتباره بخلافه في حق افراد قليلة من الناس كقتال الصبي والعبد فانه يتيسر في حقهم عليه دون سائر الناس فيقام في حق الكل السبب المفضي الى القتال ظاهرا مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة واما ما قيل في التعذر بان الشهادة من اهل العسكر لا تقبل للتهمة فليس بصحيح بل يجب قبولها لان الشاهد على ان هذا قاتل فارسا لا يجر بذلك نفعا لنفسه بل ضررا لانه ينقص سهم نفسه فهو شهد على نفسه اولا بالضرر وشركته في اصل المغنم ليست متوقفة على شهادة هذه الا ترى الى ما في الحديث من قول ابي قتادة من يشهد لي حين جعل عليه الصلوة والسلام السلب للقاتل في حنين فشهد له واحد فاعطاه اياه وقال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه ولا بينة الا اهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزواته عليه الصلوة والسلام لو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان او الشجرة او لانه في سفينة ودخل فيها بالفرس ليقاتل عليها اذا خلص الى برهم فلاقوهم قبله فاقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهبه وسلمه او آجره او رهنه ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يقصد بالمجاوزة بالفرس القتال عليه بل التجارة به وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس بالاتفاق وكذا اذا باعه حال القتال لا يسقط عند البعض قال المص الاصح انه يسقط لانه ظهر ان قصده التجارة وانما انتظر حالة العزة وعورض بان تلك الحالة حالة التي طرقها بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لان تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن فبيعه فيها دليل على انه عزله غرض الا ان فيه اما لانه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم ادبه او غير ذلك لان العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه اذ ذاك انتظار الحالة الغبطة في الثمن وفي المحيط لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره او ضعفه او هزاله لا يستحق سهم الفرسان وان كان الفرس مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوز على فرس مغصوب او مستعار او مستأجر ثم استرده المالك فشهد الوقعة راجلا ففيه روايتان في رواية له سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز بفرس ليقاتل عليه ترجيح الاولى الا ان يراد في اجزاء السبب بفرس مملوك فهو ممنوع فانه لو لم يسترده المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا قوله ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا ذمي ولا صبي ولكن يرضخ لهم ويعطون قليلا من كثير فان الرضخة في الاعطاء كذلك والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم ولكنه دونه على حسب ما يرى الامام وسواء قاتل العبد باذن سيده او بغير اذنه والمكاتب كالعبد لما ذكر في الكتاب وقد استدل المص بان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم لهم اخرج مسلم كتب نجدة بن عامر الحروري الى ابن عباس رض يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما فكتب اليه ان ليس لهما شيء الا ان يحذيا وفي ابي داود عن يزيد بن هرمز كتب نجدة الحروري الى ابن عباس رض يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انا كتبت كتاب ابن عباس رض الى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان يضرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن واخرج ابو داود والترمذي وصححه عن عمير مولى ابي اللحم قال شهدت خيبر مع سادتي الى ان قال فاخبر اني مملوك فامر لي بشيء واما في ابي داود والنسائي عن حشرج بن زياد عن ام ابيه انها خرجت في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث الينا فجئنا فرأينا فيه الغضب فقال مع من خرجتن فقلن يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله

لما روى انه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد لكن كان يرضخ لهم ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني انه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى ولهذا منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم

ومعنى ودار للبحار وتبادل السهام وتسقي السويق قال فمن حتى اذا فتح الله عليه خيبر اسهم لنا كما اسهم للرجال وبه قال الاوزاعي فقال الخطابي اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكر غيره انه بجهالة رافع وحشرج عن رواية وقال الطحاوي يحتمل انه عليه الصلوة والسلام استطاب اهل الغنيمة وقال غيره يشبه انه انما اعطاهن من الخمس الذي هو حقه هذا ويمكن ان يكون كون التشبيه في اصل العطا واردت بالسهم ما خص به والمعنى خصنا بشيء كما فعل بالرجال وانما لم يبلغ بهؤلاء الرجالة منهم سهم الرجال ولا بالفارس سهم الفرسان لانهم اتباع ولهذا في سببية حيث لم يفرض على احد منهم في غير التنفير العام في غير الصبي ويزيد الذمي بانه ليس اهلا لكون الجهاد عبادة وليس هو من اهلها ومن الامور الاستحسانية اظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والاصل بخلاف السوقي في العسكر والمستاجر لخدمة الغازي اذا قاتلا حيث يستحقان سهما كاملا وتسقط حصته من القتال من اجرة الاجير لانهما من اهل فرض فلا يكونان تبعا في حق الحكم بل في السهم ويخرج الرضخ عندنا من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعي واحمد وفي قول له وهو رواية عن احمد من اربعة الاخماس وفي قول الشافعي من خمس الخمس وقال مالك من الخمس ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل وكذا الصبي والذمي لانهم يقدرون على القتال اذا فرض الصبي قادرا عليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه بخلاف المرأة فانها تعطى بالقتال وبالخدمة لاهل العسكر وان لم تقاتل لانها عاجزة عنه فاقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة امانها لثبوت شبهة القتال منها والامان ثبت بالشبهة احتياطا فيه ولا يرد اعطاء الذمي اذا لم يقاتل بل دل على الطريق بان ذلك ليس رضخا بل بمقام الاجرة ولهذا يزاد على السهم اذا كان عمل ذلك يزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه عمل الجهاد ولا يسوى في محل الجهاد بين من يصح منه ويوجر عليه ومن لم يقبله الله منه ولا يصح له فكذلك لم يبلغ به السهم كما ذكره المصنف قالوا والسهم مرفوع البتة لانه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا على قول الاكثر واما من يجيز اقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجوز نصبه ويكون النائب لفظ به وهل يستعان بالكافر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعي وابن المنذر وجماعة لا يجوز دون ذلك لما في مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلوة والسلام خرج الى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جراءة ونجدة فقال له عليه الصلوة والسلام تؤمن بالله ورسوله قال لا قال ارجع فلن نستعين بمشرك الحديث الى ان قيل له في المرة الثالثة نعم انطلق وعن حبيب بن اساف قال اتيت انا ورجل من قومي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم انا نستحي ان يشهد قومنا مشهدا لا نشهد معهم فقال اتسلما فقلنا لا قال فانا لا نستعين بالمشركين قال فاسلمنا وشهدنا معه قال فقتلت رجلا وضربني ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لا عدمت رجلا وشحك هذا الوشاح فاقول لا عدمت رجلا اعجل اباك الى النار رواه الحاكم وصححه وقول المصنف ولما استعان عليه الصلوة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم يفيد معارضته هذه الاحاديث والمذكور في ذلك حديث ابي يوسف اخبرنا الحسن عن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فرضخ لهم فلم يسهم لكن تفرد به ابن عمارة وهو مضعف واسند الواقدي الى محيصة قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة غزا بهم اهل خيبر واسهم كسهمان المسلمين يقال اجراهم ولم يسهم لهم واسند الترمذي الى الزهري قال اسهم عليه الصلوة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معهم وهو منقطع وفي سنده ضعف مع ان يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهري وقتادة شيئا ويقول هي بمنزلة الريح ولا شك ان هذه لا تقاوم احاديث المنع في

والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد

القوة فكيف تقارضهما وقال الشافعي رده صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين كان في غزوة بدر ثم انه عليه الصلوة والسلام استعان في غزوة خيبر بيهود من بني قينقاع واستعان في غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن امية وهو مشرك قال وان كان الاول انه مخير بين ان يستعين وان يرده كماله والمسلم المعنى يخاف تدليس واحد من الحديثين مخالفا للآخر وان كان الاول انه مشرك فقد نسخ ما بعده ولا باس بان يستعان بالمشركين على قتال المشركين اذا خرجوا طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولا يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم لهم ولعل رده من رده في غزوة بدر رجاء ان يسلم **قوله** فاما الخمس الذي تقدم انه يخرجه اولا فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم فيقدمون على غيرهم لان غيرهم من الفقراء يتمكنون من اخذ الصدقات وذوي القربى لا تحل لهم هذا راي الكرخي وسياتي راي الطحاوي ان يدخل فقراء اليتامى من ذوي القربى في سهم اليتامى المذكورين دون اغنيائهم واليتيم صغير لا اب له والمساكين منهم في سهم المساكين وفقراء ابناء السبيل من ذوي القربى في ابناء السبيل فان قيل فلا فائدة حينئذ في ذكر سهم اليتيم اذا كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتم اجيب بان فائدته دفع توهم ان اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئا لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومثله ما ذكر في التاويلات للشيخ ابي منصور لما كان فقراء ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القران اجاب بان افهام بعض الناس قد تفضي الى ان الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم وفي التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات وقال الشافعي لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم وبقول الشافعي قال احمد وعند مالك رحمه الله الامر مفوض الى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء اعطى بعضهم دون بعض وان شاء اعطى غيرهم ان كان امر غيرهم اهم من امرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من القرابات ونحن نوافقه على ان القرابة المرادة هنا تخص بني هاشم وبني المطلب فالخلاف في دخول غني من ذوي القربى وعدمه وقال المزني والثوري يستوي فيه الذكر والانثى ويدفع للقاصي والداني وهو ظاهر الاطلاق لنفس الاطلاق قوله تعالى ولذي القربى بلا فصل بين الغني والفقير ولان الحكم المتعلق بوصف يوجب ان مبدأ الاشتقاق علة له والتفصيل فيما بخلاف اليتامى فانهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيدا بمعنى بها بخلاف ذوي القربى ثم لا تنتفي مناسبتها بالغنى لانه لا يبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة ولنا ان الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ثم انه لم ينكر عليهم ذلك احد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان اجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام في اثباته فروى ابو يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس ان الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلوة والسلام على خمسة اسهم لله وللرسول سهم ولذي القربى سهم ولليتامى سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل وروى الطحاوي عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق قال سالت ابا جعفر يعني محمد بن علي فقلت ارايت علي بن ابي طالب رضي الله عنه حيث ولي العراق وما ولي من امر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى قال سلك به والله سبيل ابي بكر وعمر فقلت وكيف وانتم تقولون ما تقولون فقال ام والله ما كان اهله يصدرون الا عن رايه فقلت فما منعه قال

واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم
وقال الشافعى لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم
لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير

كره والده ان يدعى عليه بخلاف سيرة ابى بكر وعمر انتهى وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يختلف فيه وبه تصح رواية ابى يوسف عن الكلبى فان الكلبى
مضعف عند اهل الحديث الا انه وافق الناس واما الشافعى فيقول لا اجماع بمخالفة اهل البيت وحين ثبت هذا حكمنا بانه انما فعله لظهور انه الصواب
لانه لم يكن يحل له ان يخالف اجتهاده لاجتهادهما وقد علم انه خالفهما فى اشياء لم توافق رايه كبيع امهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما علمنا انه
رجع الى رايهما ان كان ثبت عنه انه كان يرى خلافه وبهذا يندفع ما استدل به الشافعى عن ابى جعفر محمد بن على قال كان راى
على فى الخمس راى اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعمر قال ولا اجماع بدون اهل البيت لان ما منع ان فعله كان تقية من
ان ينسب اليه خلافهما وكيف وفيه منع المستحقين عن حقهم فى اعتقاده ولم يكن منعه الا لرجوعه لظهور الدليل وكذا ما روى عن ابن عباس من انه
كان يرى ذلك محمول على انه كان فى الاول كذلك ثم رجع فان لم يكن رجع فالاخذ بقول الراشدين مع اقتران انه بعدم
النكير من احد اولى فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوى القربى اصلا لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو مخالف الكتاب
ولفعله عليه الصلوة والسلام لانه اعطاهم بلا شبهة اجاب على قول الكرخى ان الدليل دل على ان السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلوة
والسلام يا معشر بنى هاشم الحديث وهو بهذا اللفظ غريب وتقدم فى الزكوة واسند الطبرانى فى معجمه ثنا معاذ بن المثنى ثنا مسدد ثنا معتمر
بن سليمان وساق السند الى ابن عباس رض قال بعث نوفل بن الحارث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما
لعله يستعين بكما على صدقات فاتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبراه بحاجتهما فقال لهما لا يحل لاهل البيت من الصدقات شئ
ولا غسالة الايدى ان لكم فى خمس الخمس لما يغنيكم ويكفيكم ورواه ابن ابى حاتم فى تفسيره ثنا ابى ثنا ابراهيم بن مهدى المصيصى ثنا معتمر بن
سليمان به بلفظ رغبت عن غسالة ايدى الناس ان لكم فى خمس الخمس لما يغنيكم وهو اسناد حسن ولفظ العوض انما وقع فى عبارة بعض
المشائخ ثم اى لكون العوض انما يثبت فى حق من ثبت فى حقه المعوض ونوع ثم هذا يقتضى ان المراد بقوله تعالى ولذى القربى فقراء ذوى القربى
فيقتضى اعتقاد استحقاق فقرائهم وكونهم مصارف مستمرا وما فيه اعتقاد حقيقة منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا كما هو ظاهر ما روينا
انهم لم يعطوا ذوى القربى شيئا من غير استثناء فقرائهم وكذا ما فيه اعطاؤه عليه الصلوة والسلام الاغنياء منهم كما روى انه اعطى العباس
وكان له عشرون عبدا يتجرون وقول المص والنبى صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة الخ يدفع السوال الثانى لكن يوجب المناقضة مع ما قبله
لان الحاصل ح ان القرابة المستحقة هى التى كانت لنصرته وذلك لا يخص الفقير منهم ومن الاغنياء من اخر بعده عليه الصلوة والسلام كالعباس
وكذا ان يجب على الخلفاء ان يعطوهم وهو خلاف ما تقدم عنه انهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة فى الثلاثة ويعكر ما سيروى فى تصحيح قول الكرخى
ان عمر رض اعطى الفقراء منهم سهما مع انه لم يعرف اعطاء عمر تقييد الفقر مرويا بل المروى فى ذلك ما فى ابى داود عن سعيد بن المسيب ثنا جبير
بن مطعم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبنى عبد شمس ولا لبنى نوفل من الخمس شيئا كما قسم لبنى هاشم وبنى المطلب قال وكان
ابو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير انه لم يكن يعطى قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبى صلى الله عليه وسلم
وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه واخرج ابو داود ايضا عن عبد الرحمن ابن ابى ليلى سمعت عليا قال اجتمعت انا والعباس وفاطمة رض
وزيد بن حارثة رض عند النبى صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان رايت ان توليني حقنا فى هذا الخمس فى كتاب الله فاقسمه فى حياتك

ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلثة اسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل على ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة **قال** فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه

كيلا يبقى غني احد بعدك فافعل قال ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية ابي بكر رضي حتى كان آخر سنة من سنين عمر اتاه مال كثير فعزل حقنا ثم ارسل الي فقلت بنا العام غنى وبالمسلمين اليه حاجة فاردده عليهم فرده ثم لم يدعني اليه احد بعد عمر فلقيت العباس بعد ما خرجت من عند عمر فقال يا علي حرمتنا الغداة شيئا لا يرد علينا وكان رجلا داهيا فهذا ليس فيه تقييد الاعطاء بالفقر المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطى ولم يتصف بالفقر مع ان الحافظ المنذري ضعف هذا فقال وفي حديث جبير بن مطعم ان ابا بكر لم يقسم لذوي القربى وفي حديث علي انه قسم لهم وحديث جبير صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب ان يقول عليه على اعتقاد ان الراشدين لم يعطوا ذوي القربى ان ذوي القربى بيان مصرف الاستحقاق على ما هو المذهب الا لم يجز لهم منعهم بعده عليه الصلوة والسلام وذلك ان القربى وان قيدت بالنصرة الموازرة في الجاهلية فانهم لقوا نبيه عليه الصلوة والسلام فكان يجب ان يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان انهم مصارف اتے ان كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد كان يعطى تمام الخمس لابناء السبيل وان يعطى تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين ان يصرفوهم الى غيرهم خصوصا وقد راوهم اغنياء متمولين اذ ذاك ورأوا صرفه الى غيرهم انفع ونقول مع ذلك ان الفقير منهم مصرف ينبغي ان يقدم على الفقراء كما قدمناه ويدفع قول الطحاوي انهم يحرمون لان فيه معنى الصدقة بمنع كون الخمس كذلك بل هو مال الله لان الجهاد حقه اضافة اليه لا حق لنا لزمنا اداؤه طاعة له ليصير صرفه وسخا ويدل على بطلانه انه عليه الصلوة والسلام لم يصرفه لهم في حياته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن يشكل على هذا ان مقتضاه كون الغني من ذوي القربى مصرفا غير ان الخلفاء لم يعطوهم اختيارا منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه لانه لو كان الغني مصرفا صح الصرف اليه واجزى لان المصرف من حيث اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس غني ذوي القربى عندهم كذلك هذا وانما يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لان كونهم مصارف كان للنصرة فلما في ابي داود وغيره بسنده الى سعيد بن المسيب قال اخبرني جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني عبد المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلوة والسلام انا وبنو عبد المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه اشار بهذا الى نصرتهم اياه نصرة المؤنسة والموافقة في الجاهلية فانه ليس في ذلك الوقت قتال فهو يشير الى دخولهم معه في الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بني هاشم وان لا يبايعوهم ولا يناكحوهم والقصة في السير شهيرة وعن هذا استحقت ذراريهم مع انه لا يتاتى نصرة منهم فقال وشرح قوله قرابتنا واحدة انه عليه الصلوة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد اعني عبد مناف له اولاد هاشم الذي ذريته النبي صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابة كل من بني نوفل وبني عبد شمس والمطلب منه عليه السلام واحدة ثم مقتضى استحقاق ذوي القربى ان يستحق الكل على قول الشافعي او يكون فقراء الكل مصارف على قولنا فبين عليه الصلوة والسلام ان المراد القرابة التي تحقق منها ملك النصرة السابقة ومنع الراشدين لهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل انهم مصارف ورأوا غيرهم اولى منهم على ما ذكرنا **قوله** فاما ذكر الله الخ لما فرغ من بيان سهم ذوي القربى شرع ليبين حال سهم الله وسهم الرسول فذكر ان سهمه وسهم رسوله واحد فانه ليس المراد من قوله تعالى فان لله خمسه وللرسول الخ كذا وكذا الى سهامهما كما لكل من الاصناف سهم بل ذكر الله تعالى في افتتاح الكلام

ولا الخلفاء الراشدين

وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر **قال** العبد الضعيف عصمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرم كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان المشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة وان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم يأذن لهم الامام لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

ليتبرك بذكر اسمه ثم فان لله ما في السموات وما في الارض فسهم الله ورسوله واحد قال ابو العالية سهم الله ثابت ليصرف الى بناء بيته الكعبة ان كان قريبة والا فالى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس ودفعه بان السلف فسروه بما ذكرنا فان هذا التفسير روي عن ابن عباس رواه الطبراني في تفسيره عن اسلى كعب حدثنا احمد بن يونس حدثنا ابو شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قرأ واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه ثم قال فان لله خمسه مفتاح الكلام لله ما في السموات وما في الارض وفي غيره حديث عن ابن عباس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس في خمسة على قول هذا القائل يكون في ستة وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن علي بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح كلام لله الدنيا والآخرة **قوله** وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه الصلوة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع وسيف او جارية قبل القسمة واخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين اتي به علي رضي الله عنه بعد ان قتل منبها ثم دفعه اليه وكما اصطفى صفية بنت حيي بن اخطب من غنيمة خيبر رواه ابو داود في سننه عن عائشة والحاكم وصححه وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخليفة لانه انما كان يستحقه بامامته لا برسالته قال المصنف والحجة عليه ما قدمناه اي من الخلفاء الراشدين انما قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كما ذكر لقسموه على اربعة ورفعوا سهمه للقسم ولم ينقل ذلك عن احد وايضا فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علته وهو الرسالة واما قول المصنف وسهم ذوي القربى الخ فقد تقدم ما يغني عنه وقوله كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا يعني ما تقدم من حديث جبير بن مطعم وبعده بالفقر لا يخفى ضعفه فان قوله تعالى ولذي القربى اما ان يراد به القربى المختصة بتلك المرافقة في الضيق والمؤانسة فيه فيكون المصارف مطلقا في الحيوة وبعد الممات واما الفقراء منهم فيهم المصارف كذلك اي في حياته وبعد مماته فليس لوجه فيه الا ما قدمناه من انه اريد ان القرابة مصارف كغيرهم غير انه عليه الصلوة والسلام اعطاهم اختيار الاحد الجائزين له لا ان الصرف اليهم كان واجبا عليه كما يجوز ان يقتصر على مصرف دون مصرف ثم رأى الخلفاء الراشدون دفع الصرف الى غيرهم واما فقراؤهم فالاولى ان يعطوا لما قدمنا وما هو الحق في التقرير وانما قال وقيل هو الصحيح اي قول الكرخي لان من المشايخ كشمس الائمة من يرجح قول الطحاوي عليه غير ان توجيهه بان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم فيه ما تقدم وقوله والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء يريد اجماع الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم والا فهو محل النزاع الى اليوم من العلماء **قوله** واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بجمعه نظرا الى قوله فاخذوا ولا يخفى ان الكلام ايضا في قوله فاخذوا لكن كونه تنبيها على ان الثلاثة ايضا مراد اي اذا دخل واحد او اثنان او ثلاثة بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس فقد صرح بان الثلاثة كالواحد واما الاربعة فيخمس وفي المحيط عن ابي يوسف انه قدر الجماعة التي لا منعة لها بسبعة والتي لها منعة بعشرة ومذهب الشافعي ومالك واكثر اهل العلم انه يخمس ما اخذه الواحد لصا لانه مال حربي اخذ قهرا وكان غنيمة فيخمس بالنص ونحن واحمد في رواية عنه نمنع انه يسمى غنيمة بل الغنيمة ما اخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة اذ المتلصص انما يأخذ بحيلة فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص بخلاف ما قاسوا عليه من الواحد والاثنين اذا دخلا باذن الامام لان على الامام ان ينصرهم حيث اذن لهم كما عليه ان ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالاربعة او كالعشرة اذا دخلوا بغير اذنه تحاشيا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الامام متلصصين وكان المأخوذ قهرا غنيمة وخذلهم

فصل في التنفيل **قال** ولا بأس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المومنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز **قال** ولا ينفل من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة القاتل وغيره في ذلك سواء

خذلانا اذا ترك نصره واسلمه

فصل في التنفيل نوع من القسمة فالحقه بها وقدم تلك القسمة لانها بضابط وهذه بلا ضابط لانه الى راي الامام بان ينفل قليلا وكثيرا ونحوهما والتنفيل اعطاء الامام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الفرض ويقال لولد الولد نافلة ايضا ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان **قوله** ولا بأس بان ينفل الامام اي يستحب ان ينفل نص عليه في المبسوط وسيذكر المصنف انه تحريض والتحريض مندوب اليه وبه يتأكد ما سلف من ان قول من قال لفظ لا بأس انما يقال لما تركه اولى ليس على عمومه واعلم ان التحريض واجب بالنص المذكور لكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره ايضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله فاذا كان للتنفيل احد خصال التحريض كان التنفيل واجبا مخيرا ثم اذا كان هو احد الخصال الى المقصود يكون اسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به اولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الاسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب مخير واما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين الاخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشيء والا حرم التنفيل لاستلزامه محرما وانما قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عندنا قبل الاصابة سواء كان بسلب المقتول او غيره ويشكل عليه قوله عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا فانما كان بعد فراغ الحرب في حنين **قوله** فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيئا فهو له او يقول للسرية قد جعلت لكم النصف او الربع بعد الخمس اما لو قال للعسكر كل ما اخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس او للسرية لم يجز لان فيه ابطال السهمان التي اوجبها الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص ذكره في السير الكبير وهذا بعينه يبطل ما ذكرنا من قوله من اصاب شيئا فهو له لاتحاد اللازم فيهما وهو بطلان السهمان المنصوصة بالتسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئا اصلا بانتهابه فهو اولى بالبطلان والفرع المذكور في الحواشي وبه ايضا ينتفي ما ذكر من قوله انه لو نفل بجميع المأخوذ جاز اذا راى المصلحة فيه وفيه زيادة ايحاش الباقين واثارة الفتنة فلا ينفل بجميع المأخوذ لان فيه قطع حق الباقين ومع هذا لو فعل جاز اذا راى المصلحة فيه ثم محل التنفيل الا رتبة الا خماس قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز لا يصح الا من الخمس وبه قال احمد وعند مالك والشافعي لا يصح الا من الخمس لانه المفوض الى راي الامام وما بقي للغانمين قلنا انما هي حقهم بعد الاصابة اما قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو مما يصاب لا حال كونه ما لهم فان حقيقته تعليق التمليك بالاصابة وعند الاصابة لم يبق مال الكفرة نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في دار الحرب بخلافه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الاسلام بان هجمها العدو ليس له ان ينفل الا من الخمس لانه بمجرد الاصابة صار محرزا بدار الاسلام **قوله** لانه لا حق للغانمين في الخمس اورد عليه انه لم يكن حقا لهم فهو للاصناف الثلاثة فكما لا يجوز ابطال حق الغانمين كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم اجيب انما يجوز باعتبار جعل المنفل له من احد الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا انهم مصارف ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام ان يضيعه في الغني ويجعل نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا الاغنياء فجعله للاغنياء ابطال حقهم **قوله** واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء وهو قول مالك وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان ممن اهل ان يسهم له وبه قال احمد الا انه قال اذا كان من اهل السهم او الرضخ وشرط الشافعي الاول قولا واحدا او له تخمس ...

(وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا) لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك

(قوله وان احدهما كقول احمد والثاني لا سلب له وشرط ان يقتله مقبلا لا مدبرا او لا ان يرمي سهما الى صف المشركين فيصيب احدا فيقتله الا ان ذلك ليس غناء كثيرا او كل احد لا يعجز عنه واستدل عليه بما روى الجماعة الا النسائي من حديث ابي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى حنين فساقه الى ان قال فقال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقمت من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك في الثانية فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لك يا ابا قتادة فاقتصصت عليه القصة يعني قصة قتله للقتيل فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فارضه من حقه فقال ابو بكر الصديق رضي الله عنه لاها الله اذن لا يعمد الى اسد من اسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه قال عليه الصلوة والسلام صدق فاعطه اياه فقال فاعطانيه واخرج ابو داود في سننه عن انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ اسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا خلاف في انه عليه الصلوة والسلام قال ذلك انما الكلام ان هذا منه نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال او كان تحريضا بالتنفيل قاله في تلك الوقعة وغيرها يحتملهما فعنده نصب الشرع لانه هو الاصل في قوله لانه انما بعث لذلك قلنا كونه تنفيلا هو ايضا من نصب الشرع والدلالة على الخصوص واستدل المصنف على ذلك بانه عليه الصلوة والسلام قال لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك فكان دليلا على احد محتملي قوله من قتل قتيلا فله سلبه فهو انه تنفيل في تلك الغزاة لا نصب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث او حسن لكنه انما رواه الطبراني في معجمه الكبير والاوسط بلغ حبيب بن سلمة ان صاحب قبرص خرج يريد طريق اذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج اليه فقتله فجاء بما معه فاراد ابو عبيدة رضي الله عنه ان يخمسه فقال له حبيب بن سلمة لا تحرمني رزقا رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه وهذا معلول بعمرو بن واقد ورواه اسحق بن راهويه حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن ابي امية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن سلمة الفهري الى ان قال فجاء بسلبه على خمسة ابغال من الديباج والياقوت والزبرجد فاراد حبيب ان يأخذه كله وابو عبيدة يقول البعض فقال حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه قال ابو عبيدة انه لم يقل ذلك للابد وسمع معاذ ذلك فاتى ابا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ الا تتقي الله وتأخذ ما طابت به نفس امامك فانما لك ما طابت به نفس امامك وحدثهم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رأيهم على ذلك فاعطوه بعد الخمس فباعه حبيب بالف دينار وفيه كما ترى مجهول وبعض المصر انه جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك وسماه حبيب بن ابي سلمة وصوابه حبيب بن سلمة ولكن قد لا يضر ضعفه فانا انما نثبت النفي به لا احد محتملي لفظ روي عنه عليه الصلوة والسلام وقد يتأيد بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مقتل ابي جهل يوم بدر فان فيه انه عليه الصلوة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء لما اراه سيفيهما كلاكما قتله ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده ولو كان مستحقا للقاتل لقضى به لهما الا ان البيهقي دفعه بان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطي من يشاء وقد قسم لجماعة لم يحضروا ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلوة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك انتهى يعني ما كان اذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال فقد يدعى انه قال في بدر ايضا على ما اخرجه ابن مردويه من طريق فيه الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس عن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عليه الصلوة والسلام يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فجاء ابو اليسر

وما رواه لا يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه وزيادة الغناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه

ياسر بن نفال سعد بن عبادة اي رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان بنا جبن عن العدو ولا ضن بالحيوة ان تصنع ما صنع اخواننا ولكنا رايناك قد افردت فكرهنا ان ندعك بمضيعة قال فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يوزعوا تلك الغنائم بينهم فظهر انه حيث قال ليس نصب الشرع لانه بدونهم وان ضعف سنده فقد ثبت انه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا وكذا في ابي داؤد ولا شك انه لم يقل لفظ كذا وكذا وانما هو كناية من الراوي عن خصوص ما قاله وقد علمنا انه لم يكن عني دراهم او دنانير فان الحال بذلك غير معتاد ولا الحال تقتضي ذلك لقلتها او عدمها فيغلب على الظن ان المكني عنه للراوي وهو السلب ما اخذ لانه المعتاد ان يجعل في الحرب للقاتل وليس كلما روي بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة جعله في بدر السلب للقاتل والماخوذ للاخذ فيجب قبوله غاية الامر انه تظافرت به احاديث ضعيفة على ما يفيد ان المذكور من قوله من قتل قتيلا فله سلبه انه ليس نصا عاما مستمرا والضعيف اذا تعددت طرقه ارتقى الى الحسن فيغلب الظن انه تنفيل في تلك الوقائع ومما يبين ذلك لقية حديث ابي داؤد فانه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنا ردا لكم لو انهزمتم فئتم الينا فلا تذهبوا بالمغنم ويبقى فابى الفتيان وقالوا جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا الحديث فقوله جعله يبين ان كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والماخوذ للآخذين وحديث مسلم ابي داؤد عن عوف بن مالك الاشجعي دليل ظاهر انه كما قلنا قال فخرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مددي من اهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس اشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يفري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فخر فعلاه فقتله فحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فاخذ منه سلب الرومي قال عوف فاتيت خالدا فقلت له يا خالد اما علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكني استكثرته قلت لتردنه او لاعرفنكما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فابى ان يرده عليه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددي وما فعل خالد فقال عليه الصلوة والسلام يا خالد رد عليه ما اخذت منه قال عوف قلت دونكها يا خالد الم اوف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذاك قال فاخبرته قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل انتم تاركوا لي امرائي لكم صفوة امرهم وعليهم كدره ففيه امران الاول رد قول من قال انه عليه الصلوة والسلام لم يقل من قتل قتيلا فله سلبه الا في حنين فان مؤتة كانت قبل حنين وقد اتفق عوف وخالد انه عليه الصلوة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك والآخر انه منع خالدا من رده بعد ما امره به فدل ان ذلك حيث قاله عليه الصلوة والسلام كان تنفيلا وان امره اياه بذلك كان تنفيلا طابت نفس الامام له به ولو كان شرعا لازما لم يمنعه من مستحقه وقول الخطابي انما منعه ان يرد على عوف سلبه زجرا لعوف لئلا يتجرى الناس على الائمة وخالد كان مجتهدا فامضاه عليه الصلوة والسلام واليسير من الضرر يتحمل للكثير من النفع غلط وذلك لان لم يكن للذي تجرا هو عوف وانما كان للمددي فلا تزر وازرة وزر اخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان اشد على عوف من منع السلب وازجر له منه فالوجه انه عليه الصلوة والسلام احب ولا ان تمضي شفاعته للمددي في التنفيل فلما غضب منع شفاعته وذلك بمنع السلب لانه لغضبه وسياسته بزجره بمنع حق آخر لم يقع لجناية فهذا ايضا يدل على انه ليس شرعا لازما وقوله وزيادة الغناء جواب عن تخصيصه بكونه لقتيله مقبلا فقال زيادة الغناء في الجنس الواحد لا يعتبر موجبه زيادة من المغنم لما قامت به وقوله كما ذكرناه يعني ما قدمه في اول فصل كيفية الغنيمة من انه تعذر اعتبار مقدار الزيادة …

ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطيها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي يوسف وقال محمد له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم

شهرة هذا دون ذلك ولا بعد ان يتفق اعتبار من غير المشهور في وقت اكثر من المشهور او يشير الى قوله لان الكر والفر اسفر من حنبل احد قوله السلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما معه على الدابة من مال في حقيبته وما على وسطه من ذهب وفضة وما سوى ذلك مما هو مع غلامه او على دابة اخرى فليس منه بل حق الكل والحقيبة الزيادة في موخر القتب وكل شئ شددته في موخر رحلك ورقبتك فقد استحقبته وللشافعي في المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته قولان احدهما ليس من السلب به قال احمد والاخر انه من السلب هو قولنا وعن احمد في برذونه روايتان قوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فقط واما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل اي في باب الغنائم من قوله لان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة الخ حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له ومن اصاب شيئا فهو له فاصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطيها في دار الحرب وقال محمد له ان يطأها وهو قول الائمة الثلاثة لانه اختص بملكها بتنفيل الامام فصار كالمختص بشرائها في دار الحرب او بعد قسم الامام الغنائم في دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطيها بالاجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص اذا اخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطيها بالاتفاق لانه ما اختص بملكها لانه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها ولهما ان سبب الملك في المتنفل ليس الا القهر كما في الغنيمة ولا يتم الا بالاحراز بدار الاسلام لانه ما دام في دارهم مقهور دارا وقاهر يدا فيكون السبب ثابتا في حقه من وجه دون وجه ولا اثر للتنفيل في اثبات القهر بل في قطع حق الشركة فانما سببه ما هو السبب في كل الغنيمة وهو ما ذكرنا بخلاف المشتراة لان سبب الملك العقد والقبض بالاتفاق وبخلاف المتلصص لعدم تمام القهر ايضا قبل الاحراز لا لما ذكر لان لحوق الجيش موهوم فلا يعارض واما الجارية المقسومة في دار الحرب عند ابي حنيفة فيه خلاف قيل نعم لانه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت في سهمه وقيل عدم الحل ولا يتم القياس عليه لمحمد الا على احد القولين وقوله ووجوب الضمان بالاتلاف ذكره محمد اذكر في الزيادات ان المتلف للسلب نفل للامام رجلا بالضمن ولم يذكر خلافا فورد عليهما انه يحل الوطي عنده كما ايضا بعد الاستبراء فقال في جوابه بل هو على الخلاف وانما يضمن عند محمد

باب استيلاء الكفار لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وقدم الاول لشرفه وعلوه ثم الثاني ظاهر قوله واذا غلب الترك على الروم اي كفار الترك على كفار الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على ما نبينه عن قريب فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من مال اي مما اخذوه منهم وان كان بيننا وبين الروم موادعة لانا لم نغدرهم انما اخذنا ما لا خرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت احداهما من مال الطائفة الاخرى من الغانمين لما ذكرنا في الخلاصة والاحراز بدار الحرب شرط اما بدارهم فلا ولو كان بينهم موادعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغالبين شيئا لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرا بالاخرى فانه على ما كان ولو كان طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستامن من الغالبين نفسا او مالا ينبغي ان يقال ان كان يدين لما خوذ ذلك محرمة كالامية او كان الماخوذ لا يجوز بيعه للاخذ لم يجز الا ان دانوا ذلك عند الكرخي وان لم يكن فان دانوا بان من قهر

واذا غلبوا على اموالنا والعياذ بالله واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رح لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومالا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل

قوله واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وهو قول مالك واحمد الا ان عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها ولاحمد فيه روايتان كقولنا وكقول مالك فيتفرع على ملكهم اموالنا بالاحراز ان لكل من دخل دار الحرب بامان من المسلمين ان يشتري ما اخذوه وفيما كله وطء الجارية لملكهم كل ذلك قال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء اي استيلاءهم على اموالنا محظور ابتداء عند الاخذ وانتهاء عند صيرورتها في دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك قال عليه الصلوة والسلام فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم والكفار مخاطبون بالحرمات اجماعا والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدته فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولان النص دل عليه وهو ما روى الطحاوي مسندا الى عمران بن الحصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فاغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء واسروا امراة من المسلمين وكانوا اذا نزلوا يريحون ابلهم في افنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المراة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى اتت على العضباء فاتت على ناقة ذلول فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فاتوا بها النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرت المراة بنذرها فقال بئس ما جزيتها او وفيتها لا وفاء للنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وفي لفظ فاخذ ناقته ولو كان الكفار يملكون بالاحراز لملكتها المراة لاحرازها اياها باحرازهم وهو الجمهور وجه من النقل والمعنى فالاول قوله تعالى للفقراء المهاجرين سماهم فقراء والفقير من لا يملك شيئا فدل على ان الكفار ملكوا اموالهم التي خلفوها وهاجروا عنها وليس من لا يملك الا وهو في مكان لا يصل اليه فقيرا بل هو مخصوص بابن السبيل ولذا عطفوا عليهم في نص الصدقة فاما ما استدل به الشارحون مما في الصحيحين انه قيل له عليه الصلوة والسلام في الفتح اين تنزل غدا يعني بمكة فقال فهل ترك لنا عقيل من منزل وروي تنزل غدا بدارك فقال فهل ترك عقيل لنا من رباع وان ما قاله لان عقيلا كان استولى عليها وهو على كفره فغير صحيح لان الحديث انما هو دليل ان المسلم لا يرث الكافر فان عقيلا انما استولى على الرباع بارثه اياها من ابي طالب فانه توفي وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه لان الديار كانت للنبي صلى الله عليه وسلم فلما هاجروا استولوا عليها فملكوها بالاستيلاء

وروى ابو داود في مراسيله عن تميم بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا الى النبي صلى الله عليه وسلم فاقام البينة انها له واقام الآخر البينة انه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان شئت ان تاخذ بالثمن الذي اشتراها به فانت احق والا فخل عن ناقته والمرسل حجة عندنا وعند اكثر اهل العلم واخرج الطبراني مسندا عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة وفي سنده ياسين الزيات مضعف واخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عباس انه عليه الصلوة والسلام قال فيما احرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم ان وجده صاحبه قبل ان يقسم فهو احق به وان وجده قد قسم فان شاء اخذه بالثمن وضعف بالحسن بن عمارة واخرج الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في الفيء قبل ان يقسم فهو له ومن وجده بعد ما قسم فليس له شيء وضعف باسحق بن عبد الله بن ابي فروة ثم اخرجه بطريق آخر فيه رشدين وضعفه به اخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا من ادرك ماله في الفيء قبل ان يقسم فهو له وان ادركه بعد ان يقسم فهو احق به بالثمن وفيه ياسين ضعف به قال الشافعي واحتجوا ايضا بان عمر بن الخطاب قال من ادرك ما اخذ العدو قبل ان يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه الا بالقيمة قال وهذا انما روي عن الشعبي عن عمر وعن جابر بن حلية عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر وروى الطحاوي بسنده الى قبيصة بن ذؤيب ان عمر بن الخطاب رض قال فيما اخذه المشركون فاصابه المسلمون فعرفه صاحبه ان ادركه قبل ان يقسم فهو له وان جرت فيه

فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص فياخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فياخذه بغير قيمة وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه به التاجر وان شاء تركه لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض ياخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم ياخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا ياخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا

السهام فذكره وروى عن البنا من ابي عبيدة نحو مثل ذلك روى باسناده الى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله وروى البنا باسناده عن قتادة عن خلاس ان عليا بن ابي طالب قال من اشترى ما احرز العدو فهو جائز والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة في ثبوت اصل هذا الحكم ويدور في ذلك من تضعيف بالارسال والتكلم في بعض الطرق فان الظن بلا شك ينتج في مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وان هذا الجمع من علماء المسلمين لم يتعمدوا الكذب وبعد ان امتنع غلط الكل في ذلك توافقوا في هذا الغلط بل لا شك ان الراوي الضعيف اذا كثر مجيء معنى ما رواه يكون مما اجاد فيه وليس يلزم الضعيف الغلط دائما ان يكون اكثر حاله السهو والغلط هذا مع اعتقاده بما ذكرنا من الاية والحديث من الصحيح وحديث العضباء كان قبل احرازهم بدار الحرب الا ترى الى قوله وكانوا اذا نزلوا منزلا الخ فانه يفهم انها فعلت ذلك وهم في الطريق واما المعنى فما اشار اليه المصنف بقوله الاستيلاء ورد على مال مباح يعني الاستيلاء الكائن بعد الاحراز في حالة البقاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك كاستيلائنا على اموالهم فانه ما تم لنا الملك فيه الا لهذا المعنى وهذا اي كونه مباحا اذ ذاك لان العصمة تثبت على منافاة الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا منه فانه يقتضي اباحة الاموال بكل حال وانما تثبت ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة من الانتفاع عاد مباحا وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز يكون تاما وهو الاقتدار على المحل حالا ومآلا بالادخار الى وقت حاجته بخلاف اهل البغي اذا احرزنا اموالهم لا تزول املاكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك ثم اجاب عن قوله المحظور لا يصلح سببا للملك فقال ذلك في المحظور لنفسه اما المحظور لغيره فلا فانا وجدناه صلح سببا لكرامة تفوق الملك هو الثواب كما في الصلوة في الارض المغصوبة فما ظنك بالملك الدنيوي والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لانا لبثت مالا وكذا على غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احراز يزيل الملك على ما ذكرنا في الباغي واورد عليه ان العصمة اذا زالت بالاحراز بدارهم لم يكن الاستيلاء محظورا فلم يحتج الى هذا الكلام وان لم تكن زالت لم يصر ملكا لهم واجيب بان العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام والمتقومة زالت لانها بالدار وقد يقال ان كان المالك ان تبع الزوال القيمة صار مباحا وعاد الاول وان لم يستتبع لزم الثاني فالمدار الاباحة وعدمها ثم الوجه لا حاجة الى اثبات انه محظور لغيره وذلك لان الاستيلاء ان اريد به ابتداء الاخذ او ادخاله في دار الحرب يجب كونه قبيحا لعينه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ما عرف هكذا اورد في الاصول على كون الغصب مفيد الملك لك اجيب بان المفيد له هو الضمان على ما في توجيه من الكلام بل نقول ليس لاستيلاء الاول سببا للملك ولا الادخال الى دار الحرب بل الادخال سبب زوال مكنة الانتفاع سبب للاباحة وهو لا يتصف بحل ولا حرمة لانه ليس من الافعال ثم الاستيلاء الكائن في البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لانه على مال مباح واباحته بسببه عما ليس بمحرم وهو زوال المكنة فاما الاخذ والادخال فاسباب لغير ذلك مما ذكرنا فكان الوجه منع ان سبب الملك هنا محظور لنفسه او غيره بل هو امر مباح والسبب البعيد لا يؤثر في المسبب الاخر لانه مسبب في غيره على ما عرف من ان العلة البعيدة لا اثر لها في المعلول بخلاف الغصب فانه لا يستعقب اباحة اصلا وقول بعضهم في التقرير لانه اي الاستيلاء ورد على مال محظور معصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز وبعد ان انقطعت العصمة فورد على مباح كمال المسلم ثمه اذا لم يهاجر الينا يقتضي ان ماله مباح ثم وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير العقار على الخلاف المتقدم وسببه انه ليس في يده بل يكفي المنع بان يقال لا نسلم انه محظور لانه ورد على مال مباح الخ **قوله** فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء فان وجدها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه الصلوة والسلام فيه ان وجدته الخ تقدم الكلام في الحديث ونظائره فان قيل اخذه قبل القسمة لذا كان مجانا

قال فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذ به من العدو اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما ههنا الملك صحيح فافترقا وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانية وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشتري الاول ان يأخذ من الثاني بالثمن لان الاسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمن فيأخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا بحال حضرته

لازم ما يقتضي قيام ملك الحبيب بالمنع فان الواهب له ان يأخذها وهبه بعد زوال ملكه عنه شرعا وكذا الشفيع يقدم على المالك المشتري في الاخذ ولا ملك له حاصله ان في الشرع صور التقدم فيها غير مالك على المالك كما رايناك فلان يتقدم غير المالك اولى وسيأتي وبما ذكرنا فانه لا ملك لاحد في المغنوم قبل القسمة فجبر بضرورة القوى الضرر يسير فان الشركة اولى في الحق دون الملك وثانيا هي شركة عامة فيخف ضرر كل واحد لخفته بكثرة وصورة التشبيع شبهة اخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه في اثبات ملك منتقض بازالة ملك موجود بالثمن ودفع الضرر الجواز الخلطة مع دفع ضرر اتلاف مال الآخر وشبهه بالتاجر اذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعوض باحداث ملك ايل بعوض لعبده وهي المسئلة التي ذكرناها وهذا لان الشارع لما لم يزل الملك لحاصل الحادث للغازي في مقابلة عناء حصل له لا بمقابلة مال بذله الا بذلة ليعتدل النظر ويخف الضرر من الجانبين فلان لا يزيله بمنع ملك حصل بعوض باحداث ملك الا بعوض ليعتدل من الجانبين اولى ولو ان التاجر اشتراه بعوض يأخذه بقيمة العرض او لو ترك اخذه بعد العلم بشرائه واخراجه من دار الحرب زمانا طويلا فله ان يأخذه بعده في ظاهر الرواية في رواية ابن سماعة عن محمد ليس له كالشفيع اذا لم يطلب الشفعة والظاهر الاول ولو وهبوه لمسلم اخذه مالكه بالقيمة لانه ثبت له ملك خاص في مقابلة ما كالمال او الفعل من الماشية اذا كانت او المال ثابت معنى لان المكافاة مطلوبة والظاهر ايقاعها فلا يزال الا بالقيمة وقد يمنع هذا بالرجوع ولو كان ما اخذ الكفار من مال المسلم مثليا كالدراهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون يأخذه المسلم قبل القسمة بغير شيء ولا يأخذه بعدها لانه لا فائدة فيه لان اخذه بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان المثلي موهوبا من الكافر للمسلم ليس فيه الا المثل وهو ايضا غير مفيد لما قلنا وكذا اذا كان الذي اخذه من الكفار مشتري بمثله قدرا ووصفا ليس لصاحبه القديم ان يأخذه لانه غير مفيد وقيد بقوله قدرا ووصفا لانه لو اشتراه المشتري باقل قدرا منه او بجنسه لكن دون منه او احسن فان له ان يأخذه بمثل ما اعطى المشتري منه فرع اختلف المولى والمشتري منهم في قدر الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لانه انما يتملك عليه ماله بالقهر فهو كالمشتري مع الشفيع اذا اختلفا في الثمن الا ان يقيم المالك البينة انه اشتراه باقل فيثبت ذلك قوله فان اسروا عبدا فاشتراه رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو ولا يأخذ الارش لان ملكه فيه صحيح لانه اخذ بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد بخلاف المشتري شراء فاسدا على ما سنذكر ولو اخذه اي الارش اخذه بمثله دراهم او دنانير وعلمت انه لا يفيد ولو بزيادة او نقصان ولو كانت امة فباعها الغانم بالف فولدت في يد المشتري ومات فاراد المالك اخذ الولد فعند ابي يوسف له ذلك بالف وعند محمد يحبسه منها ولا يحط شيء من الثمن بالنقص من عينه لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن والعين كالوصف لانها يتحصل بها وصف الاعمار وقد فاتت في ملك صحيح فلا يقابلها شيء من الثمن فلا يسقط بفواتها شيء منه وانما لم يقابل شيء من الثمن الوصف لانه تابع وبفواته لا يسقط شيء من الثمن ولهذا لو ظهر في المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع ان يطلب شيئا بمقابلته ولو اشترى عبدا فذهبت يده او عينه قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن والعقر كالارش واستشكل بان الوصف انما يقابله شيء من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول اما اذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ولو اعورت في يده بآفة سماوية لا يحط بل يرابح على كل الثمن وكذا في الشفعة اذا كان فوات وصف المشفوع بفعل قصدي قوبل ببعض الثمن كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فانه يسقط عن الشفيع حصته ولو فات بآفة سماوية كان جف شجر البستان ونحوه لا يقابله شيء من الثمن وهذا اورد على طلاقه قوله بخلاف الشفعة لان ذلك في القصدي لا في غيره فالشفعة والمسئلة التي نحن فيها سواء واجيب بان الوصف انما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول في الملك الفاسد وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة المرابحة لانها مبنية على الامانة وللشبهة حكم الحقيقة فيها والملك في الشفعة للمشتري كالفاسد

ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لأن السبب إنما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة رح وقالا يملكونه لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتبارها لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة رح يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم

من حيث وجوب تحويله إليه أما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن لتقابل العين لا غير وقوله لأن الأوصاف تضمن فيه أي في البيع الفاسد لأنه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالأصل على تقوم الصفات هو الغصب إنما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك مبالغة في دفع الظلم والبيع الفاسد دونه في ذلك لتحقق التراضي فيه من الجانبين غير أن الشرع أهدر تراضيهما في حق الحل وطلب رد كل منهما بدل الآخر وفي الكافي قوله لأن الأخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدو ثبت بخلاف القياس نصا وهو قوله إن شاء أخذه بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه شيء ولو أنه فقئ عيناه عند الغازي المقسوم له فأخذ قيمته وسلمه للفاقئ فللمالك الأول أخذه من الفاقئ بالقيمة أعمى عند أبي حنيفة وقالا بالقيمة سليما وهي التي أعطاها الفاقئ للمولى لهما أنه فوت وصف فلا يسقط به شيء من ثمنه وله أنه طرف وهو مقصود فهو كفوات البصر فليسقط حصته من الثمن كالولد مع الأم هذا منقض لمسئلة الهداية بل الوجه أن الفرق أن فوات الطرف هنا بالفعل الذي ملكه فكان كما لو اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بتنقيصه بخلاف مسئلة الكتاب لأن الفاقئ غيره بغير رضاه قوله وإن أسروا جارية وأحرزوها ثم ظهر المسلمون فوقعت في سهم غانم فباعها بألف فولدت في يد المشتري فماتت فأراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبي يوسف له ذلك بألف وعند محمد بحصته من الألف وذلك بأن تقسم الألف على قيمة الأم يوم القبض وقيمة الولد يوم الأخذ فما أصاب كلا فهو حصته قوله وإن أسر الكفار عبد المسلم فاشتراه رجل منهم بألف فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف فليس للمولى الأول وهو المأسور منه أولا أن يأخذه من الثاني وكذا لو كان الثاني غائبا كما سنذكر لأن الأسر ما ورد على ملكه بل على الثاني فإنما يثبت حق أخذه للمشتري الأول حتى لو أبى أن يأخذه لم يلزم المشتري الثاني إعطاؤه للمولى الأول ولو كان المشتري الأول وهبه له أخذه مولاه من الموهوب له بالقيمة كما لو وهبه الكافر لمسلم ثم إذا أخذه المشتري الأول من المشتري الثاني بألف فأراد المولى الأول أن يأخذه من المشتري الأول أخذه بألفين لأنه قام عليه بذلك هو وإن تضرر بذلك ففي مقابلة العبد الذي عوضه بخلاف ما لو أخذه بألف فإنه يفوت الألف الأخرى على المشتري الأول بلا عوض أصلا فرع لو باع المشتري من العدو العبد من غيره أخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذي اشتراه به إن مثليا فبمثله أو قيميا بأن كان اشتراه بمقايضة فبقيمته لأن المشتري الثاني قائم مقام المشتري الأول وليس للقديم أن ينقض العقد الثاني ليأخذه من المشتري الأول بالثمن الأول إلا في رواية ابن سماعة عن محمد فظاهر الرواية الأول هو الوجه في المبسوط وفيه أن الكفار لو أسلموا قبل أن يبيعه لم يكن للقديم أن يأخذه قوله ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة الكائنة بالإحراز بدارهم مدبرينا ولا أمهات أولادنا ولا مكاتبينا ولا أحرارنا ونملك نحن عليهم جميع ذلك لأن السبب وهو الاستيلاء التام إنما يفيد الحكم وهو الملك لما يرد عليه في محله ومحله المال المباح والحر المسلم معصوم بنفسه وكذا من سواه ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم لا تثبت الحرية فيهم من وجه الإسلام بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم بالكفر ولا جناية من هؤلاء وتفرع على عدم ملكهم هؤلاء أنهم لو أسروا أم ولد لمسلم أو مكاتبا أو مدبرا ثم ظهر على دارهم أخذه مالكه بعد القسمة بغير شيء ويعوض الإمام من وقع في قسمته من بيت المال قيمته ولو اشترى تاجر ذلك منهم أخذه منه بغير ثمن ولا عوض قوله فإن أبق عبد لمسلم أو ذمي وهو مسلم ودخل عليهم دار الحرب فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة وقالا يملكونه وبه قال مالك وأحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للملك محرزا بدار الحرب وبه يتم الملك لهم وهذا لسقوط عصمته لأنها لحق المالك وقد زالت يده وصار كما لو ندت إليهم دابة أي شردت من باب ضرب لأن مصدره ندا وندودا كما جاء على هذا القياس وكما لو أخذوا العبد الآبق أو غير الآبق

وليس له على المالك جعل الابق لانه عامل لنفسه اذ فى زعمه انه ملكه وان ندّ بعير اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء لما بينا فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله واخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شئ والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم فى كل فرد واذا دخل الحربى دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقى فى يده عبدا ولابى حنيفة رحمه الله ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضى ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين فى دار الحرب

من دارنا اذا احرز وه حيث يملكونه فكذا هذا ولابى حنيفة ان العبد ظهرت يده على نفسه وهذا لانه آدمى مكلف فله يد على نفسه ولهذا لو اشترى نفسه لغيره من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لانه صار مقبوضا بمجرد عقده وانما سقط اعتبار يده لتحقق يد المولى عليه تمكينا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى بمجرد دخوله دار الحرب فظهرت يد العبد على نفسه سابقة على يد اهل الحرب لان اخذهم اياه لا بد ان يتراخى لحظة عن دخوله واذا سبقت يده يدهم صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف الابق المتردد فى دارنا اذا اخذوه لان يد المولى قائمة عليه ما دام فى دار الاسلام حكما لقيام يد اهل الدار فيمكنه الاستعانة على وجوده والاقتدار باق فمنع ظهور يده على نفسه ولا كذلك المأذون فى الدخول لان دخوله باذنه وهو على عزم العود اليه وبخلاف الدابة التى ندّت فانه لا يد لها على نفسها والضمير فى قول المص لان سقوط اعتباره لليد وكان الواجب ان يقول اعتبارها لان اليد مؤنثة وقد يعاد على الظهور اى سقوط اعتبار يده ولو كان العبد كافرا فان كان مرتدا ملكوه وان كان كافرا فهو ذمى تبعا لمولاه واذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذه المالك القديم بغير شئ سواء كان موهوبا منهم الذى اخرجه الى دار الاسلام او مشترى منهم او مغنوما قبل القسمة وبعدها الا انه اذا اخذه بعد القسمة يؤدى الامام عوضه من بيت المال للمأخوذ منه لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وتفرق المال فى ايديهم وايدى غيرهم بتصرفهم وفيه ما لا يخفى من الحرج وبيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ولانه لو فضل من الغنيمة شئ يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع فى بيت المال فاذا لحق غرامة كان فيه ولا يعطى المشترى شيئا اذا كان اشتراه بغير اذن المولى فان اشتراه باذنه رجع عليه بما اشتراه به وعندهما يأخذه بالثمن فى المشترى وبالقيمة فى الموهوب كما فى المأسور غير الابق وانما قيدنا اول المسألة بكون العبد مسلما لانه لو ارتد فابق اليهم فاخذوه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل فهو ذمى تبعا لمولاه وفى العبد اذا ابق قولان ذكره فى طريقة مجد الائمة قوله وليس له اى الغازى او التاجر جعل الابق لاستحقاقه اذا اخذه ليرده فيكون عاملا له وههنا انما هو عامل لنفسه قوله وان ندّ بعير اليهم فاخذوه ملكوه وجهه فيتفرع على ملكهم اياه انه لو اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فانما يأخذه مالكه منه بالثمن ان شاء قوله فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل ذلك كله فان المولى يأخذ العبد بغير شئ والمتاع والفرس بالثمن عند ابى حنيفة وعندهما يأخذ العبد ايضا بالثمن ان شاء وهذه متفرعة على ملكهم العبد الابق اليهم عندهما ودونه ولو ورد عليه ينبغى ان يأخذ الكل بلا شئ لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهر على ما فى يده لانه مال مباح فيمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت ظهور يدهم عليه نفسه لسبقها اجيب بان غايته انه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه فيبقى فى يده كما لو كان مملوكا للغائب فيملكه الكفار بالاستيلاء وفيه نظر لان الغرض ان سبق اليد يمنع استيلاءهم عليه فانما يملكون المال بالاباحة وانما يصير مباحا اذا لم يكن عليه يد لاحد والا ملكوا العبد والفرض ان هذا المال عليه يد فيدفع الاستيلاء الموجب لاخراجه عن ملك من له فيه ملك قائم واجيب ايضا بان يده ظهرت على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرناها فى حق نفسه دون المال ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغى ان يمنع استيلاء الكفار قوله واذا دخل الحربى دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابى حنيفة رح وقالا لا يعتق لان الازالة كانت متعينة حال كونه فى دار الاسلام بطريق معين وهو البيع فانه اذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والا باعه القاضى عليه ودفع ثمنه اليه وقد تعذر الجبر عليه فبقى عبدا فى يده ولان الاحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيما لم يكن مملوكا لهم فانهم اذا اخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام ملكوه فاستحال ان يزول ملكه الثابت له قبل الاحراز بحالة الاحراز ولابى حنيفة ان الجبر على البيع فى دار الاسلام ما كان الا لوجوب تخليص المسلم عن اذلال الكفر فهو الواجب بالذات اجماعا ووجوب الجبر على البيع ليتوصل اليه بخيرانه يتعين اخراجه بعوض لتعين بيعا طريقا حال قيام امانه تحرزا عن الغدر باخذ ماله ولولاه لاعتقناه عليه فاذا زال امانه وسقطت

وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حر وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار لما روي أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغما لمولاه أو بالالتحاق بمنعة المسلمين إذا ظهر على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتا على نفسه فالحاجة في هذا الزيادة توكيد في حقهم ثم أثبتنا اليد ابتداء ولا ولاء

عنه بالوجود في دار الحرب يجب التخليص بالإعتاق عليه غير أن إعتاق القاضي قد تعذر بحلوله في دار الحرب إذ لا ينفذ قضاؤه على من هناك فأقيم شرط زوال عصمته
ما هو دخوله في دار الحرب مقام علة عتقه وهو إعتاق القاضي كما أقيم مضي ثلاث حيض في دار الحرب مقام تفريق القاضي بعد عرض الإسلام على الآخر وإبائه فيما
إذا أسلمت المرأة في دار الحرب بخلاف ما إذا لم يملكه في دار الإسلام لأن للمولى حق استرداده فلو أعتقناه على الحربي حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم إياه
إلى رقه جبرا فكان ذلك مانعا للمقتضي عن عمله وقول المصنف فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب ليس بجيد لأنه إذا أسلم الزوج لا يفرق وعلى هذا الخلاف إذا
أسلم عبد الحربي ولم يهاجر إلى دار الإسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمي أو حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لأن العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص
وقد قام إذ زال قهره إلى المشتري فصار كما لو كان في يده وله أن قهره زال حقيقة بالبيع ولأن إسلامه يوجب إزالة قهره إلا أنه تعذر الخطاب بالإزالة
فأقيم ما له أثر في زوال الملك مقام الإزالة وهو البيع قوله وإذا أسلم عبد الحربي ثم خرج إلينا أو أسلم ولم يخرج حتى ظهر على الدار فهو حر وكذا إذا خرج عبيد إلى عسكر
المسلمين مسلمين ولم أعلم فيه خلافا بين أهل العلم لما روى أبو داود مسندا إلى علي رضي الله عنه قال خرج عبدان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل (لأنه)
الصلح فكتب مواليهم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك وإنما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم
إليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه فقال هم عتقاء الله وفيه أحاديث قدمناها ومنها إسلام عبيد الطائف ومنهم أبو بكرة والمنبعث (إليهم لن)
مقدم في كتاب العتق فليرجع إليها فهذا دليل عتقهم إذا خرجوا مسلمين وأما عتقهم إذا ظهرنا على الدار بعد إسلامهم فلأنه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج إليهم في أنه
امتنع بهم وقوله واعتبار يده الخ جواب عن مقدر وهو أنه لم يعتق بمجرد إسلامه في دار الحرب اتفاقا وإنما الخلاف فيما إذا عرض للبيع فباعه فقد وردت يد الغانمين
على مال مباح لأن الإسلام لا ينافي استرقاقهم أجاب بأن للعبد يدا على نفسه على ما تقدم وإنما لم يظهر لحوق المولى ليتمكن من الانتفاع ثم هي أسبق من يد المسلمين
أما في المولى الكافر فيستحق الحكم بالعتق تخليصا للمسلم من إذلال الكافر لأن مجرد أصل اليد لا يكفي ما لم يتأكد إذ لا قدرة بدونه وكانت منعة الغانمين هي (لعتقه)
المؤكدة لها فيعتق بها ولو أسلم العبد ولم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق إلى أن يشتريه مسلم أو ذمي فيعتق قال في شرح الطحاوي بعد قوله ولا تثبت
ولاء أي ولا يثبت ولاء العبد الخارج إلينا مسلما لأحد لأن هذا عتق حكمي وإن لم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار لم يعتق إلا إذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر فخرج
يعتق العبد قبل المشتري العبد أو لم يقبل لأن العبد استحق حق الإعتاق بالإسلام لكنا نحتاج إلى سبب آخر ليزول به ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه قوله
المراغمة يحترز به عما لو خرج بإذن مولاه أو بأمره لحاجته فإنه إذا خرج كذلك فأسلم في دارنا حكمه أن يبيعه الإمام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي لأنه لما دخل بأمان صارت
رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به ومعه من المال فرع ولو جنى عبد جناية خطأ أو أفسد متاعا فلزمه دينه ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة
والسلام من أسلم على مال فهو له ثم تبطل الجناية دون الدين لأن حق ولي الجناية في الرقبة ولا يبقى بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة
لا يبقى فيه حق ولي الجناية وأما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه ولو اشتراه رجل وأصابه المسلمون في الغنيمة فأخذه المولى
عاد الحكم من الجناية والدين عليه لأنه يعيده إلى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لأن المستحق به
نفسه فلا يبطل بزوال ملك المولى كما لو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص ولو وقع العبد المأسور في سهم رجل أو اشتراه فأعتقه قبل أن يحضر المولى
نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لأنه لم يبق قابلا للنقل من ملك إلى ملك ولأن ولاءه لزم للمعتق على وجه لا سبيل إلى إبطاله ولو كانت أمة فتزوجها
فولدت من الزوج فالحق للقديم أن يأخذها وولدها لأنها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق الأخذ

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم اعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه

بخلاف حق الواهب في الرجوع لا يثبت في الولد لانه حق ضعيف في العين الا ترى انه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله والولد وان كان جزأ ففي المال هو محل آخر بخلاف حق الموصى قوي لا يبطل ببيعه وهبته فيسري الى الولد وليس له فسخ النكاح لانه تمكن من الاخذ بلا فسخ والنكاح الزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما اخذ من عقرها وارش جناية عليها ولو لم يزوجها المشتري فله وطؤها قبل ان يأخذها المولى وثبوت حق اخذه لا يمنع وطء المالك ولو اسروا جارية مرهونة بالف وهي قيمتها واشتراها رجل بالف اخذها مولاها الراهن بها ولم يبق رهنا لانها ناوية في حق المرتهن فهو كالمجدد لملكها ولا يأخذها المرتهن الا ان يرد على الراهن الالف وان كان الثمن اقل من الالف كان للمرتهن ان يؤدي ذلك الثمن فتكون رهنا عنده لانه مفيد ولو اسلم على ما اخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا اذا صار ذميا وكذا اذا باعه من حربي آخر ولو خرج الينا بامان ومعه ذلك المال لا سبيل عليه الا انه اذا كان عبدا يجبر على بيعه من المسلمين لانه عبد مسلم ولا يمكن الحربي من اعادته الى دار الحرب واذ لا له ولو اسروا جارية وديعة عند رجل او عارية او اجارة فحق الاخذ اذا خرجت بشراء او غنيمة لمالكها الا ان ثبوت حق الاسترداد للملاك لا لليد بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا الكل من هؤلاء الاسترداد منه لان كلا منهم قائم مقام المالك في حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب بخلاف الاحراز بدار الحرب وان كانت متزوجة لا يبطل النكاح لان غاية احرازها توجب ان يملكها ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والتباين القاطع له ما هو تباين حقيقة وحكما والمسئلة في دار الاسلام حكما وان كانت في دار الحرب حقيقة

باب المستأمن اخره عن الاستيلاء لان الاستيلاء بالقهر يكون والاستيمان بعد القهر فاورده كذلك وتقديم استيمان المسلم على الكافر ظاهر

قوله واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم لانه بالاستيمان ضمن لهم ان لا يتعرض لهم فاخلافه غدر والغدر حرام بالاجماع وفي سنن ابي داود عنه عليه الصلوة والسلام ان الغادر ينصب له لواء يوم القيمة فيقال هذه غدرة فلان وتقدم قوله عليه الصلوة والسلام لامراء الجيش والسرايا لا تغلوا ولا تغدروا في وصيته لهم ولهذا قلنا فيما لو اقتتلت طائفتان من اهل الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعة ليس لنا ان نشتري من الطائفة الغالبة شيئا من الاموال التي غنموها لانهم لم يملكوها لعدم الاحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدرا بخلاف ما لو قتلوا في دار الحرب فانه يحل لنا الشراء والشرط الاحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فاقول يشترط ان يحوزها العالبون بدارهم ان كانوا لا يدينون ان من قهر آخر في نفسه او ماله ملكه وان كانوا يدينون فلا فانهم قالوا لو دخل مسلم دار الحرب بامان فجاء رجل بامه او ابنه او ام ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فاكثر المشايخ على منعه وقال الكرخي ان كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منه والعامة يقولون ان كانوا يدينون ان من قهر آخر ملكه فهو اذا ملك هؤلاء يعتقون عليه فيصيرون احرارا فيمتنع بيعهم ولو جاء ببعض احرارهم قالوا ان كانوا يدينون ان من قهر شخصا ملك جاز شراؤه منه والا لا مع ان هذا ليس فيه احراز بدار الاخرى غير دار المقهور وقوله الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم الخ استثناء من قوله لا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم وكذا قوله بخلاف الاسير المسلم ايضا وقد صرح به حيث قال فيباح له التعرض وان اطلقوه وتركوه في دارهم طوعا او اعتقوه لانه لم يستأمن وعتقهم لا عبرة به لانهم لم يملكوه فله ان يقتل من قدر عليه سيده او غيره ويأخذ ماله ويملكه ملكا لا خبث فيه فان غدر بهم التاجر فاخذ شيئا واخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح عند عدم الاحراز الا انه بسبب محرم فاورث خبثا فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان فانما يملك مع حرمة مباشرته بسبب الملك

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد

لان الخطر لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك كما في البيع الفاسد وقوله على ما بيناه يريد ما تقدم من قوله المحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ وسبيل ما يملك بطريق محرم التصدق به حتى لو كان المأخوذ غدرا جارية لا يحل له وطيها ولا للمشتري منه بخلاف المشتري شراء فاسدا فان حرمة وطيها على المشتري خاصة ويحل للمشتري منه لان المنع فيه لثبوت حق البائع في الاسترداد وببيع المشتري ينقطع حقه ذلك لانه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهنا الكراهة للغدر وهو في المشتري الثاني كالاول فيها اما لو سبا قوم اهل الدار التي هو فيها جاز له ان يشتري منهم من السبايا لانهم ملكوها بالاحراز وما كانوا على اصل الاباحة في حقه وانما منعه الغدر وليس ذلك غدرا **فرع نفيس في المبسوط** لو اغار قوم من اهل الحرب على اهل الدار التي فيهم المسلم المستأمن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار الا ان خاف على نفسه لان القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلاك لا يحل الا لذلك او لاعلاء كلمة الله وهو اذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء الا اعلاء للكفر ولو اغار اهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فاسروا ذراريهم فمروا بهم على اولئك المستأمنين وجب عليهم ان ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم اذا كانوا يقدرون عليه لانهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في ايديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الاموال لانهم ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا لهم ان لا يتعرضوا لاموالهم وكذا لو كان المأخوذون ذراري الخوارج لانهم مسلمون **ومن فروعه** لو تزوج في دار الحرب منهم ثم اخرجها الى دار الاسلام قهرا فينفسخ النكاح ويصح بيعه فيها وان طاوعته فخرجت طوعا معه لا يصح بيعها لانه لم يملكها واعلم انهم اخذوا في تصويرها ما اذا اضمر في نفسه انه يخرجها ليبيعها ولا بد منه فانه لو اخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاده ان له ان يذهب بزوجته حيث شاء اذا اوفاها معجل مهرها ينبغي ان لا يملكها **قوله فاذا دخل** المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه مالا ثم خرج المسلم الينا واستأمن الحربي فخرج ايضا مستأمنا لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة على واحد منهما ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم احكام الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم في المستقبل ولكن يفتى بانه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال ابو يوسف رح يقضى على المسلم وعدم القضاء كما في الهداية قول ابي حنيفة ومحمد رح واستشكل قولهما بان المسلم ملتزم احكام الاسلام مطلقا وصار كما لو خرجا مسلمين وكون ابي حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو ايضا مما يحتاج الى موجب واجاب في الكافي بان ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فان وجوب التسوية بينهما ليس في ان يبطل حق احدهما بلا موجب لوجوب ابطال حق الآخر بموجب بل انما ذلك في الاقبال والاقامة والاجلاس ونحو ذلك والادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين واما انه لا يقضى بالغصب لكل منهما فلانه صار ملكا للذي غصبه سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب او مسلما مستأمنا على ما بينا اي في باب استيلاء الكفار من ان الاستيلاء ورد على مال مباح لان الغرض ان كلا منهما خرج الى دار الاسلام في غصب المسلم اذا دخل واحد او اثنان بغير دار الحرب الخ الا ان المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربي يؤمر بالرد افتاء لا قضاء ليرتفع معصية الغدر وفي كلام المص اشارة اليه كما ترى وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك اي ادان احدهما صاحبه او غصبه ثم خرجا الينا مستأمنين لما قلنا فان خرجا مسلمين وقد ادان احدهما الآخر او غصبه يقضى بالدين بينهما خاصة دون الغصب اما القضاء بالمداينة اي بالدين فلانها حين وقعت وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما باحكام الاسلام ولا ترجيح لاحدهما على

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الأمر بالرد فمراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم
وهو نقض العهد وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ أما الكفارة فلإطلاق الكتاب والدية لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار
الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وإنما تجب الدية في ماله في العمد لأن العواقل
لا تعقل العمد وفي الخطأ لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه
أو قتل مسلم تاجرا أسيرا فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رح وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لا تبطل
بعارض الأسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولأبي حنيفة رح أن بالأسر صار تبعا لهم لصيرورته
مقهورا في أيديهم ولهذا يصير مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا

الآخر إذ لم ينقض لأحدهما دون الآخر بل سويا بينهما وعلى قول أبي يوسف رح لا يحتاج إلى هذه العلاوة إذ ينقضي للحربي على المسلم على قوله كما ذكرنا آنفا وأما
الغصب فإنما لا يقضي به لأنه لا ملك فيها ولا خبث في مال الحربي اليوم بالرد وفيه إشارة إلى ما قدمنا ذكرها قوله وإذا دخل المسلم فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين
إلى آخره عرفت أحكامها مما تقدم قوله وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل عمدا الدية في ماله ولا كفارة عليه وعلى
القاتل خطأ الدية في ماله أيضا وعليه الكفارة هكذا في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف وذكر قاضيخان في الجامع الصغير أن هذا قول
أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد كقول الشافعي رح ومالك وأحمد لأنه قتل شخصا معصوما بالإسلام عمدا عدوانا وذلك موجب القصاص
وكونه في دار الحرب لا أثر له في سقوط ذلك عن الله تعالى ولأبي حنيفة أنه بكثير سوادهم من وجه ومكثره من كل وجه بأن كان متوطنا هناك لا يكون معصوما
فإذا كان بكثرا من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص فذكر شمس الأئمة القصاص في العمد عن أبي يوسف من رواية الإملاء لأن
المسلم حيث كان هو من أهل دار الإسلام لا ينتقض إحرازه نفسه بداره القصاص حق للولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة إلى ولاية الإمام وهو
الظاهر من قوله سنذكر قال المصنف أما الكفارة يعني في الخطأ فلإطلاق الكتاب يعني قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة ووجوب الدية لأن
العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول إلى دار الحرب بالأمان وإنما لا يجب القصاص في العمد لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بالمنعة
ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب فلا فائدة في الوجوب وإذا سقط القصاص وجبت الدية لأنه لسقوطه بعارض مقارن
للقتل بمقارنته كقتل الرجل ابنه ولا يخفى أن المراد أنه ليس على الإمام إقامته إذا طلب الولي تمكينه منه ولا يحل لولي المقتول قتل القاتل
إذا قدر عليه لأن القتل لم ينعقد سببا موجبا للقصاص وهو مشكل لأن كون الولاية قاصرة وقت السبب لا تمنع من القضاء عند الطلب
إذا كانت ثابتة عنده كما لو رفع إلى قاض ليطالبه بثمن مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضي فإن ولايته منعدمة عند السبب وعليه أن
يقضي بالثمن عند المرافعة لأن العصمة المؤثمة بالإسلام قائمة والقتل العمد العدوان ثابت وهو السبب والمانع وهو استيفاء الإمام
منتف لما ذكر عن أبي يوسف أن الإمامة ينفرد بها الولي فمنعه منه خلاف الدليل فالأقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطة للقصاص
بتكثير سوادهم من وجه على أن فيه إذ يمنع كون ذلك الشبهة توجب السقوط وأن دار الحرب دار إباحة فالكون فيها شبهة دارئة وقد يقال
إن قلتم دار إباحة للقتل مطلقا فممنوع أو قتل الكافر فيه ولا يفيد ويجاب بأن كونها دار إباحة في الجملة كاف ألا ترى أن من قتل رجلا قال له اقتلني
لا قصاص عليه من أن إباحة الشرع قتله لم تحصل لقوله ذلك بل إباحة من جهته وقد جعل ذلك مانعا إلا أن نمنع عدم القصاص في قوله اقتلني
فإن قيل ما ذكرتم يخالف إطلاق قوله تعالى كتب عليكم القصاص والنفس بالنفس فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ فإنه قتل وليس يجب
قصاص ونحو ذلك فيجاز تخصيصه بالمعنى أيضا قال وإنما تجب الدية في ماله في العمد لأن العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ إنما يجب أيضا في
ماله لأن وجوبها على العاقلة بتركهم وتقصيرهم في حفظ القاتل ومنعه في ذلك ولا تقصير منهم في ذلك إذا كان في دار الحرب قوله وإن كانا أي المسلمان
أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسيرا فلا شيء على القاتل من أحكام الدنيا إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رح وإنما عليه عقاب
الآخرة في العمد وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر كما لا تبطل بالاستئمان على ما بيناه يعني من قوله
لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان فكان الأسيران كالمستأمنين وأما امتناع القصاص

فصل قال واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فيلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فيكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما للجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف ان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين

فلزم المنعة كما ذكرنا وتجب الدية في ماله لما قلنا ان العواقل لا تعقل العمد هذا وقياس ما نقل قاضيخان عنهما في المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص في العمد ان يقولا به في الاسيرين لان الوجه يعمهما ولابي حنيفة وهو الفرق بين الاسيرين والمستأمنين ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم حتى يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا لان الاصل غير معصوم فكذا تبعه وصار كالمسلم الذي لم يهاجر اليناني سقوط عصمته الدنيوية بجامع كون كل منهما مقهورا في ايديهم وانما خص الكفارة بالخطاء لانه لا كفارة في العمد عندنا كما يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى هذا والاقرب ان يجري فيهما حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه

فصل قوله واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ثم يرجع بل يقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية واصل هذا ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عينا لهم اي جاسوسا وعونا علينا فتلحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وهو ما يجلب من حيوان وغيره ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فان رجع قبلها فلا سبيل عليه وان اقامها بعد تقدم الامام اليه اي قوله له ما يعتمده في ضرب الجزية عليه صار ذميا فلا يمكن بعد ذلك من العود الى داره لان عقد الذمة لا ينقض اذ فيه قطع الجزية وتصييره وولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين ولا يأخذ منه جزية السنة التي اقامها الا ان قال له ان اقمتها اخذت منك الجزية وقوله بعد تقدم الامام يفيد اشتراط التقدم الامام اليه في منعه من العود اذا اقام سنة وبه صرح العتابي فقال لو اقام سنين من غير ان تقدم اليه الامام فله الرجوع قاله صاحب الدراية وعبارة صاحب المبسوط من غير اختصار على ما فيه وينبغي للامام ان يتقدم اليه فيأمره بالخروج الى داره على سبيل الاعذار والانذار وفي التقدم اليه ان يبين مدة فقال ان خرجت الى وقت كذا والا جعلتك ذميا فان خرج يتركه ليذهب وان لم يخرج لم يمكنه من الخروج بعد ذلك وجعله ذميا وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول فبعد الحول لا يمكنه من الخروج فتعقبه الشيخ المحقق الشارح بان ذلك ليس بلازم للفظه لان المظنون دلالته على ذلك انما هو قوله وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول ولا يخفى ان ليس المراد به عدم التقدير اصلا لا بمدة معينة ولا مبهمة ولفظ المبسوط يدل على ان تقدم الامام ليس شرطا لصيرورته ذميا فانه قال وينبغي للامام ان يتقدم اليه فيأمره الى ان قال وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم لانه يصدق بقوله ان اقمت طويلا منعتك من العود فان اقام سنة منعه وفي هذا اشتراط التقدم غير انه لم يوقت له مدة خاصة والوجه ان لا يمنعه حتى يتقدم اليه ولا ان يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغي ان يلحقه عسر بتقصير المدة جدا خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج في اقتضائها الى مدة مديدة فروع لو مات المستأمن في دار الاسلام عن مال وورثته في دار الحرب وقف ماله لورثته فاذا قدموا فلا بد ان يقيموا البينة على ذلك فيأخذوا فان اقاموا بينة من اهل الذمة قبلت استحسانا لانهم لا يمكنهم اقامتها من المسلمين لان انسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فاذا قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم دفع اليهم المال واخذ منهم كفيلا لا يظهر في المال من ذلك قيل هو قولهما لا قول ابي حنيفة كما في المسلمين وقيل بل هو قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه واذا رجع الى دار الحرب لا يمكن ان يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل الذي دخل به فان باع سيفه واشترى به قوسا او رمحا لا يمكن منه وكذا لو اشترى سيفا احسن منه فان كان مثل الاول او دونه مكن منه حربي وجد في دارنا بلا امان فهو فيء فان قال دخلت بامان لم يصدق واخذ ولو قال انا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة تعرف بذلك كان آمنا فان الرسول لا يحتاج الى امان خاص بل بكونه رسولا يأمن وان لم يعرف فهو فيء ولو في يكون فيئا واما فيئا واذا دخل دار الاسلام بلا امان فاخذه واحد من المسلمين لا يختص به عند ابي حنيفة بل يكون

وان دخل الحربي دارنا بامان فاشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا يغفل عنه واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودَع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده **قال** وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي رح فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رض ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس

فيا لجماعة المسلمين وهو رواية بشر عن ابي يوسف وظاهر قول ابي يوسف وهو قول محمد يختص به ولو دخل الحرم قبل ان يؤخذ فعند ابي حنيفة يؤخذ ويكون فيا للمسلمين وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى حتى يخرج **قوله** فان دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا وكذا لو اشترى عشرية فانها تصير عشرية على قول محمد فانها وظيفة مستمرة وعلى قول ابي حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت احكام الذمي في حقه من منع الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره اذا اتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطأ ووجوب كف الاذى عنه فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه في الاسواق ظلما وعدوانا وهذه الاحكام الجمة التي نبه عليها المص والجم الكثير والمراد بوضع الخراج الزامه له واخذه منه عند حلول وقته وهو بمباشرة السبب وهو زراعتها او تعطيلها مع التمكن منها اذا كانت في ملكه او زراعتها بالاجارة وهي في ملك غيره اذا كان خراج مقاسمة فانه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذميا بخلاف ما لو كانت الارض التي استاجرها خراجها على مالكها فانه لا يصير ذميا اذا حل وقت الاخذ بعدم الاخذ منه وكذا اذا اخذ منه العشر على قول محمد وليس المراد بوضع الامام وتوظيفه ان يقول وظفت على هذه الارض الخراج ونحوه لان الامام قط لا يقول في كل قطعة ارض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة الاراضي المعلومة استمر على كل من صارت اليه نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لانه به التزمه لانه غير لازم لجواز انه اشتراها للتجارة ولا يحكم بالذمة عليه بمجرده حتى يزول هذا الاحتمال باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها او زراعتها **قوله** واذا دخلت حربية دارنا بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية ففي تزوجها مسلما اولى وعكسه ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال به الائمة الثلاثة في الحربية ايضا قياسا على الرجل ونحن بينا الفرق بان تزوجه ليس دلالة التزامه المقام فان في يده طلاقها والمضي عنها بخلافها فحيث اقدمت عليه كانت ملتزمة ما ياتي منه ومنه عدم الطلاق ومنعها من الخروج الى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على ارضها ونحو ذلك **قوله** ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما في دار الاسلام من ماله له ما دام حيا وان مات فهو لورثته وكذا اذا قتل من غير ان يظهر على دارهم كما اذا مات في دار الاسلام مشمول بامننا ما دام في دارنا وبه قال الشافعي واحمد فان قيل ينبغي ان يصير فيا كما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دارهم يكون فيا لا تكون يد المودع كيده في دار الاسلام اجيب بالفرق بان ما في دار الحرب معصوم من وجه لا من كل وجه فان دار الحرب دار اباحة لا عصمة فلا يصير معصوما بالشك بخلاف ما في دار الاسلام يثبت في كل وجه فيبقى الى ان يثبت المزيل وهو ان يصير نفسه مغنوما وذلك بان يؤسر او يظهر على داره فيقتل فح تصير الوديعة فيا لعامة المسلمين توضع في بيت المال لانها في يده تقديرا فاذا غنم غنمت بخلاف ماله من الوديعة في دار الحرب عند المسلم لانها ليست في يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ثم هذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انها يختص بها المودع لما ذكره المص في الدين واما الدين فيسقط عمن في ذمته لان ثبوت يده عليه ينتفي اذ قد صار ملكا للمديون وانما هي ثابتة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنامه فيسقط الدين اذا حققت هذا ظهر لك ان اختصاص المديون به ضروري غير محتاج الى تعليله بان سبقت يده اليه **قوله** ما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال اي ما اعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله بلا قتال والوجف والوجيف ضرب من سير الابل والخيل ويقال وجف البعير وجفا ووجيفا واوجفته اذا حملته على الوجيف يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج وكذا الجزية في عمارة القناطر والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام

وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء، أما المرأة والأولاد الكبار فظاهر لأنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع، وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل، وأما الأولاد الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلما تبعا لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك، وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة. وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعا لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم إذ الدار واحدة، وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو له لأنه في يد محترمة ويده كيده، وما سوى ذلك فيء، أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا، وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر معصوما لأن يد الحربي ليست يدا محترمة. وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هنالك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ، وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لأنه أراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه مستجلبا للكرامة، وهذا لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهي ثابتة إجماعا، والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الأصل، ولنا قوله تعالى ﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾ الآية، جعل التحرير كل الموجب رجوعا إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره، ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية لأن الآدمي خلق متحملا أعباء التكليف، والقيام بها بحرمة التعرض، والأموال تابعة لها، أما المقومة فالأصل فيها الأموال لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الأموال دون النفوس لأن من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس، فكانت النفوس تابعة، ثم العصمة المقومة في الأموال بالإحراز بالدار لأن العزة بالمنعة فكذلك في النفوس، إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة لما أنه أوجب إبطالها، والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم حكما لقصدهم الانتقال إليها.

التي لا ملك لأحد فيها كجيحون والفرات ودجلة وإلى أرزاق القضاة والمحتسبين والمعلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا يخمس ولا شيء منه لمن قاتلوا، ومثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك، وقال الشافعي رحمه الله فيهما وفي بعض النسخ فيها أي الأرض والجزية والخراج الذي تقدم ذكره في قوله كما يصرف الخراج، ويقال أجلى السلطان القوم وجلاهم بتشديد اللام أي أخرجهم فجلوا أي خرجوا وأجلوا القوم أيضا خرجوا فكل من لازما ومتعديا ولا يتعدى، ومذهب الشافعي أن كل مال أخذ من الكفار بلا قتال عن خوف أو أخذ منهم للكف عنهم يخمس، وما أخذ من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففي القديم لا يخمس وهو قول مالك، وفي الجديد يخمس، ذكر الأصحاب في الفيء روايتين الظاهر منهما التخميس، ثم هذا الخمس عند الشافعي يصرف إلى ما يصرف إليه خمس الغنيمة عنده على ما قدمناه، وذكروا أن قوله في الجزية مخالف للإجماع قال الكرخي ما قال به أحد قبله ولا بعده ولا في عصره، وجه قوله القياس على الغنيمة بجامع أنه مال مأخوذ من الكفار عن قوة من المسلمين، ولنا استدلال المصنف بعمله عليه الصلاة والسلام فإنه أخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حالم دينارا ولم ينقل قط من ذلك أنه خمسه بل كان لجماعة المسلمين ولو كان لنقله ولو بطريق ضعيف على ما قضت به العادة ومخالفة ما قضت به العادة باطل، نحو قوله أهل قدر ... خلافة وإن كان فيه ضعف أخرجه أبو داود عن ابن عدي بن عدي الكندي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى من سأله عن مواضع الفيء أنه ما حكم به عمر بن الخطاب فرآه المؤمنون عدلا موافقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه، فرض الأعطية وعقد لأهل الأديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم، وأما ما في السنن عن عمر رضي الله عنه كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على أهله قوت سنة فما بقي جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله، ومعناه أن التصرف فيها كان إليه كيف شاء بل هو بما ذكرنا فإن مصالح بيت المال إذ ذاك لم يكن أكثر من نفقة الأئمة وآلات الجهاد من الكراع والسلاح، وهو لنفقته عليه الصلاة والسلام إذ لم يكن إذ ذاك قضاة ولا جسور ولا قناطر، وأما نفقة الفقراء المهاجرين فنحن نقطع بأنه كان يفعل ما تحققت الحاجة إليه في قدرته عليه، وأما القياس ففي تقرير المصنف دفعه وهو قوله مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحق الباقي للغانمين بمعنى وهو ما ذكرنا من الرعب الخالي عن القتال فلم يكن للعامة مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة، قوله وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم ههنا أي في دار الإسلام ثم ظهر على البناء للمفعول أي ظهرنا على الدار فذلك كله فيء، أما المرأة والأولاد الكبار فإنهم حربيون وليسوا بأتباع الذي خرج لأنهم كبار، وكذا ما في بطنها لو كانت حاملا يكون فيئا موقوفا لما قلنا في باب قسمة الغنائم من أنه جزء منها، وأما الأولاد الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلما تبعا بإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته، ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك، فكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه بالإسلام باختلاف الدارين فبقي الكل فيئا، فأما إذا أسلم في دار الحرب ثم جاء إلينا فظهر على الدار وبقي الصورة بحالها فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعا لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم ولو كان في بلدة أخرى غير البلدة التي هم فيها إذ الدار واحدة، وما كان له من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو سالم له لأنه في يد محترمة ويده كيده لأنه نائب عنه في الحفظ بخلاف ما لو كان في يدهما غصبا فإنه يكون فيئا لعدم النيابة، وعن أبي يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيئا إلا ما كان من غصب عند حربي وهو قول الأئمة الثلاثة، وتقدمت هاتان المسألتان مع آخرين في باب الغنائم مستوفى، قوله وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ فله ورثة مسلمون صالحون لاستيفاء القصاص والدية فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ، وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد وهو قول مالك وأحمد لأنه أراق دما معصوما بالإسلام لكون الإسلام مستحقا للكرامة وهذا

[illegible] اموال الكفار

ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد وهو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال فليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

لان العصمة اصلها العصمة المؤثمة لحصول الزجر بها اي بالعصمة ولو قال به اي بالاثم كان احسن والعصمة المقومة كمال فيه اي في اصل العصمة لكمال الامتناع به اي بالتقوم على المنتهك لها فتتعلق هذه العصمة بما علق به الاصل اعني المؤثمة وقال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم فتنصرف العصمة الى كمالها وذلك بالمقومة والمؤثمة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فانه في القتل الخطأ ولم يسق الا على منع القصاص في العمد اكتفينا بما ذكره في المسئلة من دلالة الآية لانه تعالى افاض في تفاصيل موجبات القتل الخطأ فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فاوجب الدية والكفارة ثم قال فان كان اي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة واقتصر عليه فعرف انه تمام الواجب فانه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال موجبه كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب والالم يكن بيانا للموجب بل لبعض موجبه وزاد المصنف وجها آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعا الى حرف الفاء وقرر بان الفاء للجزاء والجزاء هو الكافي لقال جزى فلان اي كفى وهو سهو لان لفظ الجزاء المحمول معنى الفاء لفظ اصطلاحي اي جعلي لا ان اللغة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الفاء الكافي بل المراد بقول النحاة الفاء للجزاء اي دالة على ان ما بعدها مسبب عما قبلها فسمي المسبب جزاء اصطلاحا لا لغة فليتامل ولان العصمة المؤثمة في الاصل بالآدمية لا بوصف الاسلام لانه خلق متحملا اعباء التكليف والقيام بها لا يمكن الا مع حرمة التعرض له وانما زالت لعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاموال هي الاصل فيها لا النفوس لان التقوم يؤذن بجبر الفائت ومن شرطه التماثل وهو في المال لا النفوس وكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة في الاموال في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذا في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر فاوجب ابطالها فان قيل لو صح ما ذكرتم لزم في المرتد والمستأمن اذا قتل في دارنا الدية اجاب بانهما من اهل الحرب حكما لقصد الانتقال اليها فلم يجب شيء واما قوله صلى الله عليه وسلم عصموا مني دماءهم فنقول لا شك في ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كمالها الا بدليل ولو سلمنا فقد قال عليه الصلوة والسلام الا بحقه ومن حقه ان يكونوا في دارنا لا يكثرون سواد العدو الا ان هذا لا ينتهض في الاسير المسلم قوله ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له او قتل حربيا دخل دار الاسلام بامان فاسلم ثم قتله خطأ فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة بالاسلام والدار خطأ ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له بالعرض لان المأخوذ مملكه بل لو وضع في بيت المال وان كان قتل المسلم الذي لا وارث له والمستأمن الذي اسلم ولم يسلم معه وارث قصدا او لا تبعا بان لم يكن معه ولد صغير دخل به الينا عمدا اذا ان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية منه بطريق الصلح لا الجبر لان موجب العمد عندنا القصاص عينا الا ان يتصالحوا على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولي المقتول قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الاولياء والاكفاء من هذا الكتاب فارجع اليه والدية وان كانت انفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود اليهم من قتله منفعة اخرى هو ان ينزجر امثاله عن قتل المسلمين فيرى بما هو انفع في زمانه وبما ذكرنا ظهر ان الاولى ان يقول وهذا لان الدية قد تكون انفع والا كان متعين الصلح منه عليها واما ان يعفو فليس له ذلك لان ولايته على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض ولو كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط او غيره خطأ فلا اشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية كالتي قبلها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليه الدية في ماله ولا اقتله لانه لا يخلو عن ولي كالاب ونحوه ان كان ابن رشدة وكالام ان كان ابن زنا فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفى في

باب العشر والخراج

قال وأرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام والسواد أرض خراج وهو ما بين العذيب إلى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من ۱۹
العلث إلى عبادان لأن النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في
سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف وعمر رضي حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة رضي على وضع الخراج على الشام قال
وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة وقهرا له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رءوسهم الخراج فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل قال وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة و
قسمت بين الغانمين فهي أرض عشر لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل أرض فتحت
عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ومكة مخصوصة من هذا فإن رسول الله عليه السلام فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج

كالمكاتب الذي يقتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء ولهما أنه لا يعلم المولى ولا هو في مظانه واحتمال كونه له في نفس الأمر لا يفيد إذ لا ينتفع به فكان وجوده وعدمه في نفس الأمر سواء لأنه لا يقدر على الانتفاع فيستوفى

باب العشر والخراج لما ذكر ما يصير به المستأمن ذميا ذكر ما يتوجه من الوظائف المالية إذا صار ذميا وذلك هو الخراج في أرضه ورأسه وفي تقديم
كثرة فأورد هنا في ما بين وقدم خراج الأرض لأن الكلام فيه كان لقرب قريب ثم ذكر العشر فيه أيضا تتميما لوظيفة الأرض لأنها السبب في الخراج والعشر جميعا
وقدم ذكر العشر لأن فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من نماء الأرض أو ثمار الغلام وسمي به ما يأخذه السلطان من وظيفة
الأرض والرأس وحد الأراضي العشرية والخراجية أولا لأنه أضبط فقال أرض العرب كلها عشرية وهي ما بين العذيب وهو ماء لتميم وذكر تمييز الأرض بما قبل
خبر وهو لفظ ما في قوله ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن وفي بعض النسخ وهو على الظاهر حجر بفتح الجيم وإسكانها خطأ لأن أبا يوسف قال حد أرض العرب
ما وراء حد الكوفة إلى أقصى صخر باليمن فعرف أنه حجر بالفتح والمراد إلى آخر جزء من أجزاء اليمن وهو آخر حجر منها ومهرة في آخر موضع من اليمن وقولهم
من أول عذيب القادسية إلى آخر حجر يوجب أن ذلك أول ما وراء أرض الكوفة طولها وعرضها من رمل يبرين والدهناء ويعرف برمل عالج إلى مشارف
الشام أي قراها وقال غيره منقطع السماوة قال الكرخي وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لأن بحر
الحبش وبحر فارس والفرات أحاطت بها وتسمى حجازا لأنه حجز بين تهامة ونجد والسواد أي سواد العراق أي أرضه سمي به لكثرة اخضراره وحده من
العذيب إلى عقبة حلوان عرضا ومن العلث إلى عبادان طولا ويقال من الثعلبية إلى عبادان قيل هو غلط لأن الثعلبية بعد العذيب بكثير إذا عرف
هذا فأرض العرب كلها عشرية لأنه عليه السلام والخلفاء الراشدين بعده لم يأخذوا الخراج من أرض العرب ولو فعلوا لم تقتض العادة نقله ولو بطريق ضعيف
فلما لم ينقل دل قضاء العادة على أنه لم يقع ولأن شرط الخراج أن يقر أهلها عليها على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم إلا الإسلام والقتل
ولأنه كما لا رق على العرب فكذا لا خراج على أرضهم وسواد العراق المحدد المذكور خراجي لأن عمر رضي وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة وهو أشهر من أن ينقل فيه
معين وإنما يحتاج إلى ذلك في تقدير الموضوع وقوله ووضع على مصر الخ أسند الواقدي إلى شيخه من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة و
استباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رءوسهم والخراج على أرضيهم ثم كتب إلى عمر بن الخطاب رضي بذلك وأسند
أيضا إلى عمرو بن الحارث قال كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجهم إلى عمر رضي كل سنة بعد حبس ما يحتاج إليه ولقد استبطأه عمر في الخراج
سنة فكتب بكتاب يلومه فيه ويشدد عليه وهذا يخالف ما ذكر بعض الشارحين من أن مصر فتحت صلحا وأرضها عنوة على يدي عمرو بن العاص
وأما وضع الخراج على أراضي الشام فمعروف قيل ومدينة الشام فتحت صلحا وأرضها عنوة على يدي يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل
بن حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وفتحت أجنادين صلحا في خلافة أبي بكر رضي وفي والها الفتح في المشهور
والكسر قوله وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها
عليها ويضع عليها الخراج وعلى رءوسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل في باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعي
وأحمد أنها موقوفة على المسلمين فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات قوله وكل أرض أسلم أهلها عليها أو أحرزوا الكهم فيها أو فتحت عنوة و
قسمها بين الغانمين فهي عشرية لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لأن فيه معنى العبادة ولأنه أخف حيث

وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان
العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج **قال** ومن احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف رحمه الله معتبرة بحيزها فان كانت
من حيز ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده كلها عشرية باجماع الصحابة رضي الله عنهم لان حيز الشيء يعطى له حكمه
كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض
الخراج الا ان الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رحمه الله ان احياها ببئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة والفرات والانهار
العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية
لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه

ان يتعلق الواجب بنفس الخارج فلا يؤخذ ما لم يكن خارجا فهو اليق بالمسلم وكل ارض فتحت عنوة واقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لا
الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به لان فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة وان لم يزرع وفيه نظر نذكره في آخر الفصل
ان شاء الله تعالى ومكة مخصوصة من هذا العموم فانها فتحت عنوة على ما اسلفناه في باب الغنائم وقسمنا بما لا يشك معه انها فتحت عنوة
ولم يوظف عليها خراجا ولنخص هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنائم اخرج مسلم عن ابي هريرة انه ذكر فتح مكة فقال اقبل رسول الله صلى الله
عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير رضي الله عنه على احدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على المجنبة الاخرى وبعث ابا عبيدة على الجيش واخذوا من بطن
الوادي ورسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبة قال فنظر الي فقال يا ابا هريرة قلت لبيك يا رسول الله فقال اهتف لي بالانصار فلا يأتيني
الا انصاري فهتف بهم فجاؤا فاطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم ووبشت قريش اوباشها فقال لهم الا ترون الى اوباش قريش واتباعهم ثم قال
بيده فضرب احدهما على الاخرى وقال احصدوهم حصدا حتى توافوني على الصفا قال ابو هريرة فانطلقنا فما شاء منا احد ان يقتل ما شاء منهم الا قتله
الحديث بطوله فانضم هذا الى ما هناك وقد ذكر القتبي ما فتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر ان الاهواز وفارس واصبهان فتحت عنوة لعمر رضي الله عنه على يدي ابي موسى و
عثمان بن ابي العاص وعتبة بن غزوان وكانت اصبهان على يدي ابي موسى خاصة واما خراسان ومرو فتحتا صلحا في خلافة عثمان رضي الله عنه على يدي عبد الله
بن عامر بن كريز واما ما وراء النهر فافتتح بعد عثمان على يدي سعيد بن عثمان بن عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارا وبعد ذلك على يدي المهلب
بن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم واما الري فافتتحها ابو موسى في خلافة عثمان صلحا وفي ولايته فتحت طبرستان على يدي سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها
عمرو بن العلاء والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة واما جرجان ففي خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان
فتحهما عبد الله بن عباس في خلافة عثمان صلحا وافتتح الجبل كله عنوة في وقعة جلولاء ونهاوند على يدي سعد والنعمان بن مقرن واما الجزيرة ففتحت صلحا
على يدي عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة واما هجر فادوا الجزية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة الجندل

واما اليمامة فافتتحها ابو بكر رضي الله عنه واما الهند فافتتحها قاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين قوله وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء
الانهار الخ وقد علم من عادة المصنف انه اذا وقعت مخالفة بين ما في القدوري والجامع او زيادة في الجامع يقول بعد لفظ القدوري وفي الجامع الصغير الخ
وهنا المخالفة ظاهرة فان قول القدوري كل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج مطلق فهو اعم من ان يصل اليها ماء الانهار او لا يصل
بان استنبط فيها عين ولفظ الجامع قيد خراجيتها بان يصل اليها ماء الانهار ونحن نقطع ان الارض التي اقر اهلها عليها لو كانت تسقى بعين او بماء السماء
لم يكن الا خراجية لان اهلها كفار والكفار لو انتقلت اليهم ارض عشرية ومعلوم ان العشرية قد تسقى بعين او بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير
خراجية في قول ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونها عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك اما في الابتداء
فهو ايضا يمنعه والعبارة التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كما في الهداية فانه قال ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
قال كل ارض فتحت عنوة بالقتال فصارت ارض خراج وكل ارض يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وكل ارض لا يصل اليها ماء الانهار فاستخرج
فيها عين فهي ارض عشر والاراضي التي اسلم اهلها عليها فهي ارض عشر فقوله وكل شيء يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج عطف على كل ارض فتحت
عنوة والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج وكل ارض لم تفتح عنوة ووصفها انها يصل اليها ماء الانهار

قال والخراج الذي وضعه عمر رض على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رض فانه بعث عثمان بن حُنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حُذيفة مُشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب

فهي ارض خراج وحاصله تقسيم ارض الخراج الى ما فتح عنوة والى ما لم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الانهار نعم يجب تقييد الاول بان يقر اهلها عليها بالضرورة وكان هذا معلوم اذ لا يبتدى المسلم في اول الفتح قط بتوظيف الخراج في الاراضي المقسومة كما يجب تقييد الانهار فانها لا تكون خراجية ما لم تكن الانهار العظام كالنيل والفرات الحاصل ان التي فتحت عنوة ان اقر الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار واذا كان كذلك فبالضرورة يراد الارض التي احياها محي فان التي فتحت عنوة مما يبتدى فيها التوظيف غير المقسومة والمقر اهلها عليها ليس الا الموت التي احييت ويصير المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج اذا قام اهلها عليها وكل ارض لم تفتح عنوة بل احياها مسلم ان كان صفتها انها يصل اليها ماء الانهار فهي خراجية او ماء عين ونحوه فعشرية وهذا قول محمد وهو قول ابي حنيفة ولو شرحه كذا استغنى بها عن ذكر المسئلة التي تليه فانها هي وحاصلها ان محمدا قال فيمن احيى ارضا ميتة ببير حفرها او عين استخرجها او ماء دجلة والفرات وباقي الانهار العظام التي لا يملكها احد او بالمطر فهي عشرية وان احياها بماء الانهار التي سقتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ملك من العجم فهي خراجية لان الاعتبار في مثله للماء لانه السبب لنماء الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر السقي لان السقي بماء الخراج دلالة على التزامه فيصير خراجية عليه وعند ابي يوسف يعتبر بحيزها اي بما يقرب منها فان كانت من حيز اراضي الخراج اي بقربه فخراجية او ارض العشر فعشرية لان القرب من اسباب الترجيح فيترجح كونها خراجية بالقرب من ارض الخراج وعشرية كذلك واصله افنية الدور اعطى له في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع لفنائها فهو غير مملوك له ومن اجل ان احق الانتفاع لو قال المستاجر للاجير افناي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفر فحفر فلا ضمان عليهم في الاستحسان بل على المستاجر لان كونه فناء بمنزلة الدار مملوكا في انطلاق يده في التصرف من القاء الطين والحفر وربط الدابة غير ان ابا يوسف استثنى البصرة من ضابطه فانها عشرية عنده وان كانت من حيز ارض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره ابو عمر بن عبد البر فترك القياس فيها كذلك هذا وقد ظهر من قوله ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم الخ ان المراد بموضوع المسئلة اعني قوله من احيى ارضا مواتا المسلم ولا بد من ذلك حتى لو احياها ذمي كانت خراجية سواء سقيت عند محمد بماء السماء او نحوه اولا وسواء كانت عند ابي يوسف من حيز ارض الخراج او العشر وظهر منه ايضا ان كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج وهذا لان الخراج جزاء المقاتلة على حمايتهم فالسقي بما حموه وجب فيه قوله والخراج الذي

وظفه عمر رض على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ثمانية ارطال خلافا لابي يوسف ثم نص على الصاع ابو يوسف ومحمد فقال ابو يوسف حدثني السري عن الشعبي عن عمر بن الخطاب فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل ارض يبلغها الماء عملت او لم تعمل درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي وهو الصاع انتهى وعامر هو الشعبي وقال محمد في الاصل فما كان من ارض الخراج من عامر او غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة يزرع ذلك صاحبه في السنة مرة او مرارا او لم يزرعه كله سواء وفي كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج هو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانية ارطال والمراد من القفيز المأخوذ قفيز مما زرع حنطة او شعيرا او عدسا او ذرة قاله الطحاوي والتحرج الدرهم ما يوزن سبعة والمراد من الجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لان ذراع العامة ست قبضات وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في ارضهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب الارض يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف اهله يقتضي ان الجريب يختلف قدره في البلدان ومقتضاه ان تتحد الواجب وهو قفيز ودرهم مع اختلاف

ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها

المقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف اخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ما قيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون في ديارهم والمعول عليه ما في الهداية وغيرها واما جريب الرطبة ففيه خمسة دراهم ولا شئ فيه من الخارج وفي جريب الكرم المتصل والنخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه وقيل بالاتصال انها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزروعة لا شئ فيها بل المعتبر وظيفة عمر رضي الله عنه على ما في الزرع وكذا لو غرس اشجارا غير مثمرة ولو كانت الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة ارضها فهي كرم ذكره في الظهيرية وفي شرح الطحاوي لو انبت ارضه كرما فعليه خراجها الى ان يطعم فاذا اطعم فان كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وان كان اقل فنصفه الى ان ينقص عن قفيز ودرهم فان نقص فعليه قفيز ودرهم وفي رواية عليه وظيفة الارض الى ان يطعم الكرم ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضي الله عنه بذلك فقال انه بعث عثمان بن حنيف حتى مسح سواد العراق وهو الذي اخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن ابي طالب رضي الله عنه حين اخى بين المهاجرين والانصار وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستة وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم قال الشارح في قوله ووضع على ذلك ما قلنا انه سهو بل يقال ووضع ذلك على ما قلنا اي وضع الخراج ولا يخفى ان مرجع اسم الاشارة الست والثلثون الف الف اي ووضع على الجربان المقادير التي ذكرناها ولا سهو ينسب الى قائل هذا وقد تقدم رواية ابي يوسف به وهو منقطع لان الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه واعلم ان الرواية عن عمر رضي الله عنه اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن ابي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على اهل السواد على كل جريب ارض يبلغه الماء عامرا او غامرا درهما وقفيزا من طعام وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وعشرة اقفزة ولم يضع على النخيل شيئا جعله تبعا للارض ثم حدثنا عن ابي اسامة عن قتادة عن ابي مجلز قال بعث عمر رضي الله عنه عثمان بن حنيف على مساحة الارض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم يعني الرطبة وعلى جريب البر اربعة دراهم وعلى جريب الشعير درهمين وقال ابو عبيدة في كتاب الاموال ثنا هشيم بن بشير انبأنا العوام بن حوشب عن ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله الى ان قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من ارض اهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب العنب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البر اربعة دراهم وعلى الجريب من الشعير درهمين وفيه قال وافرض من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرضي به فقد رايت ما هنا من الاختلاف ومالك يعتبر اجارة الامام لانها وقف على المسلمين عنده فيفوض الى اجارته كما هو الرسم الان في اراضي مصر فان الماخوذ الان اجرة لا خراج الا ترى ان الاراضي ليست مملوكة للزراعة وهذا لعدما قلنا ان ارض مصر خراجية والله اعلم كانه لموت المالكين شيئا فشيئا من غير اخلاف ورثة فصارت لبيت المال وينبغي على هذا انه لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشئ منها لان نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره الا لضرورة لعدم وجود ما ينفقه سوى وكذا كتبت في فتوى رفعت الي في شراء السلطان الاشرف برسباي رحمه الله لارض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكتبت اذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله جاز ذلك واحمد في رواية كمالك وفي رواية في كل جريب حنطة او شعير درهم والباقي كقولنا وقيل كل الروايات عن عمر رضي الله عنه صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع على بعضها اقل وبعضها اكثر لتفاوت الريع في ناحية مع ناحية وما قلنا اشهر رواية وارفق بالرعية ثم ذكر المصنف المعنى في اختلاف الوظيفة فقال ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة لانه يبقى على الابد بلا مؤنة واكثر ها ريعا والمزارع اقلها ريعا واكثرها مؤنة لاحتياجها الى البذر ومؤن الزراعة من الحرث والحصاد والدياس والتذرية في كل عام والرطاب بينهما لانها لا تدوم دوام

قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رض وقد اعتبر الطاقة فی ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار اخر وفی ديارنا وظفوا من الدراهم فی الاراضی كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من ای شیء كان قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى الی قول عمر رض لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل علی جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد رح اعتبارا بالنقصان وعند ابی يوسف رح لا يجوز لان عمر رض لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة وان غلب علی ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديری المعتبر فی الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديری فی بعض الحول وكونه ناميا فی جميع الحول شرط كما فی مال الزكوة او يدار الحكم علی حقيقة الخارج عند خروج الخارج قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذی فوته قالوا من انتقل الی اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلی لانه هو الذی ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتی به كيلا يتجرأ الظلمة علی اخذ اموال الناس

الكرم ويتكلف لعمارتها كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة اصله قوله عليه الصلوة والسلام ما سقته السماء ففيه العشر وما سقی بغرب او دالية ففيه نصف العشر قوله وما سوی ذلك ای من الاراضی التی فيها اصناف غير ما وظف فيه عمر رض كالزعفران والنخيل الملتفة كالبستان لا يصلح نظيرا لانه ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة يوضع علی ذلك بحسب الطاقة فيوضع علی النخيل الملتفة بحسب ما تطيق ولا يزاد علی الكرم وعلی جريب الزعفران كذلك ينظر فی ذلك كله الی غلتها فان لم تبلغ سوی غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع والرطبة يؤخذ خراج الرطبة او الكرم فالكرم وانما ينتهی الی نصف الخارج لان التنصيف بعد ما كان لنا ان نقتلهم ونتملك رقاب الاراضی والاموال عين الانصاف قوله فان لم تطق ما وضع عليها بان لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص الی نصف الخارج كذا افاده فی الخلاصة حيث قال فان كانت الاراضی لا تطيق ان يكون الخراج خمسة بان كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز ان ينقص حتی يصير مثل نصف الخارج انتهی فهذا لا فرق بين الارضين الذی وظف عليها عمر رض ثم نقص نزلها وضعفت الآن او غيرها واجمعوا علی انه لا يجوز الزيادة علی وظيفة عمر رض فی الاراضی التی وظف فيها عمر رض او امام آخر مثل وظيفة عمر رض ذكره فی الكافی واما فی بلد اراد الامام ان يبتدئ فيها التوظيف فعند ابی حنيفة وابی يوسف لا يزيد وقال محمد رح يزيد وهو قول مالك واحمد ورواية عن ابی يوسف وقول الشافعی له ذلك معنی هذا اذا كانت الارض التی فتحت بعد الامام عمر رض تزرع الحنطة فاراد ان يضع عليها درهمين وقفيزا وهی تطيقه ليس له ذلك وعند محمد له ذلك اعتبارا بالنقصان وهذا يؤيد ما ذكرته عن حمل الارض فی قوله فان لم تطق ما وضع عليها علی ما يشمل ارض عمر رض ومنعه ابو يوسف بان عمر رض لم يزد حين اخبر بزيادة طاقة الارض ففی البخاری من حديث عمرو بن ميمون اخاف ان تكونا حملتما الارض ما لا تطيق قالا حملناها امرا هی له مطيقة ما فيها كبير فضل وروی عبد الرزاق اخبرنا معمر عن علی بن الحكم البنانی عن محمد بن زيد عن ابراهيم قال جاء رجل الی عمر رض فقال ارض كذا وكذا يطيقون من الخراج اكثر مما عليهم فقال ليس اليهم سبيل قوله وان غلب علی ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع آفة لا خراج عليه اما فی غلبة الماء والانقطاع فلانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديری المعتبر فی الخراج واما فی الاصطلام فلفوت النماء التقديری فی بعض الحول وكونه ناميا فی جميع الحول شرط كما فی مال الزكوة او يدار الحكم علی حقيقة الخارج عند الخروج لان التمكن من الزراعة قائم مقامه فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم ان اكثر المشائخ حملوا المذكور فی الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام علی ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانيا فان بقی لا يسقط الخراج لانه عطلها وفی الفتاوی الكبری تكلموا ان المعتبر فيه زراعة الحنطة والشعير ام ای زرع كان وان المعتبر مدة تنبت الزرع فيها او مدة يبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته ضعف الخراج والفتوی علی انه مقدر بثلاثة اشهر وهو لا ينافی الوجه الثانی لان ادارة الحكم علی حقيقة الخارج لا ان اسقط الواجب منه لا يمنع الايجاب بالتعطيل فيما بعده من الزمان واما الوجه الاول فصريح فی نفی الوجوب وان بقی امكان الزراعة الی آخر السنة ولم يذكر كثير من المشائخ هذا واعادة الزرع تستدعی نوعا كالاول فان اخرج شيئا فقصاراه ان يفی بالخرجين فاخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه تجبر اصل مال الزرع وكذا ان زرع قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن من الزراعة كان ثابتا وهو الذی فوته ای فوت الريع وهذا بشرط التمكن كما يفيده قوله لان التمكن كان ثابتا فاما اذا لم يتمكن لعدم قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الی غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقی او يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة او يزرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها خراج السنة الماضية ودفع باقی الثمن لصاحبها ثم المشتری يأخذ الخراج من

ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاءه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رض اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج واداءه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي رح يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض

المشتري وهذا وان كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا في الحجر على المكاري المفلس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع في اثناء السنة فان بقي منها قدر ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع وما عن ابي يوسف انه يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها صحيح ايضا ومن فروع ذلك ما اذا انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كانت مثلا تزرع الكرم فزرعها حبوبا اخذ منه خراج الاعلى وهو الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة على المسلمين قالوا ولا يفتى بهذا حذرا من تسليط الظلمة على اموال المسلمين اذ يدعي كل ظالم ان ارضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب قوله ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لمالك في رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله لما قلنا من ان فيه معنى المؤنة والمسلم من اهل المؤنة كالعشر والارض لا تخلو منها فابقاء ما تقرر واجبا اولى ولان وضع عمر رض بموافقة جماعة الصحابة رض ما كان الا ليد الذين يجيئون من المسلمين بعد اهل الفتح ما يسد حاجتهم وفتح هذا الباب يؤدي الى فوات هذا المقصود فان الاسلام غير بعيد لمخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه او تقية من الكلفة وتجشم المشاق في الزراعة ثم دفع نحو النصف للغير قال المص وقد صح ان الصحابة رض اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها قال البيهقي قال ابو يوسف القول ما قال ابو حنيفة انه كان لابن مسعود وخباب بن الارت والحسين بن علي وشريح ارض الخراج فدل على استقرار كراهة تملكها ثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي انه قال لعمر رض اني اشتريت ارضا من ارض السواد فقال عمر رض انت فيها مثل صاحبها قال البيهقي واخبرنا ابو سعيد ثنا ابو العباس الاصم ثنا الحسن بن علي بن عفان ثنا يحيى بن آدم ثنا ابن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال اسلمت امرأة من اهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رض ان اختارت ارضها فادت ما على ارضها فخلوا بينها وبين ارضها والا فخلوا بين المسلمين وبين ارضهم وروى عبد الرزاق وابن ابي شيبة ثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب ان دهقانة من ارض نهر الملك اسلمت فقال عمر رض ادفعوا اليها ارضها تؤدي عنها الخراج وقال ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما ثنا هشيم بن بشير عن شيبان بن الحكم عن زبير بن عدي ان دهقانا اسلم على عهد عمر رض فقال علي رض انه على ان اقمت في ارضك رفعنا عنك الخراج عن راسك واخذناها عن ارضك وان تحولت عنها فنحن احق بها وقال ابن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي عن عمر وعلي رض قالا اذا اسلم وله ارض وضعنا عنه الجزية واخذنا خراجها قال المص فدل على جواز الشراء واخذ الخراج واداءه للمسلم من غير كراهة وصرح في كافي الحاكم بنفي الكراهة قيل فلو قال من المسلم كان اولى وهو بناء على تعليقه بلفظ اخذ وهو غير مقصود فان الاخذ لعموم بالامام وليس المقصود افادة انه هل يكره للامام اخذ الخراج من المسلم بل المقصود افادة حكم شراء المسلم الارض الخراجية وتعرضه بذلك للاخذ منه هل يكره له ذلك اولا فيجب لفظ للمسلم فيتعلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة لا كما يقول بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورحمنا بهم من كراهة ذلك لما روي انه عليه الصلوة والسلام رأى شيئا من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا فظنوا منهم ان الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر قعدوا عن الغزو وكر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة لما ذكرنا اذ لا شك في انه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء الا ترى انه لو تكفل بجزية ذمي جاز بلا كراهة قوله ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي ومالك واحمد يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان ذاتا فان العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيه معنى العقوبة ومحلا فان العشر في الخارج والخراج في الذمة وسببا لان سبب العشر الارض النامية بالخارج

مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب فى ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر فى ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان فى ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر فى العشر تحقيقا وفى الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج فى سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه فى كل خارج

تحقيقا وسبب الخراج الارض النامية به تقديرا ومصرفا مصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما والاضافات بين الدين فيجبان كوجوب الدين مع العشر او الخراج قال المصنف ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع عشر وخراج فى ارض مسلم وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدى فى الكامل عن يحيى بن عنبسة ثنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر ويحيى بن عنبسة مضعف الى غاية حتى نسب الى الوضع والى الكذب على ابى حنيفة وانما رواه ابو حنيفة رح عن حماد عن ابراهيم فجاء يحيى ووصله واخرجه ابن ابى شيبة بنحوه عن الشعبى وعكرمة ثنا ابراهيم بن المغيرة فثنا لعبد الله بن المبارك عن حمزة السلولى عن الشعبى قال لا يجتمع عشر وخراج فى ارض وقال ثنا ابو نخيلة ثنا يحيى بن اوضح عن ابى المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج فى مال وحاصل هذا كما ترى ليس الا نقل مذهب بعض التابعين فلم يعوه ليكون حديثا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهب الجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال واما قوله ولان احدا من الائمة فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع فى الاخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع الى الملاك فلم يتعين قول صحابى بعدم الجمع يحتج به من يحتج بقولهم على ان فعل عمر بن عبد العزيز يقتضى ان ليس عمر بن الخطاب رض على منع الجمع لانه كان يتبعه متقفيا لآثاره وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه فى جواب المسائل فى مسئلة خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه فليفيد ذلك ثم اهم منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معا الارض ولا مانع ان يتعلق بالسبب الواحد وهو الارض هنا وظيفتان مع ان العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلوة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر فانه يقتضى ان يؤخذ مع الخراج ان كان ولان تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر الارض النامية الا انه يعتبر النماء فى العشر تحقيقا لانه اسم اضافى فما لم يتحقق خارج لا تحقق عشره وفى الخراج تقديرا ولهذا يضافان اليها فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع النماء التقديرى غير الارض مع التحقيقى مخالفة اعتبارية لا حقيقية فالارض النامية هى السبب فاذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكوة التجارة والسائمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما التعدد السبب واما قوله ولان الخراج يجب فى الارض اذا فتحت عنوة وقهرا والعشر فى الارض اذا اسلم اهلها ولازم الاول الكره ولازم الثانى الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فمعلوم ان بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما اذا اقر اهلها عليها وكذا بعض صور العشر وهو ما اذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين كما ان بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل الصلح او بان احياها وسقاها بماء الانهار الصغار او كانت قريبة من ارض الخراج على الخلاف ومع هذا فالذى يغلب على الظن ان الراشدين من عمر وعثمان وعلى رضوان الله عليهم اجمعين لم ياخذوا عشرا من ارض الخراج والا لنقل كما نقل تفاصيل اخذهم الخراج وهذا تقتضى العادة وكونهم فوضوا الدفع الى الملاك فى غاية البعد ارأيت اذا كان العشر وظيفة فى الارض التى وظف فيها الخراج على اهل الكفر بل يقرب ان يتولوا اخذ وظيفة ويكلوا الاخرى اليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤمنون على ادائه من طيب انفسهم واذا كان الظن عدم اخذ الثلاثة صح دليلا لفعل الصحابة خصوصا الخلفاء الراشدين ويكون اجماعا وذكر الاسبيجابى لا يجتمع الاجر والضمان عندنا والعقر والحد والجلد والنفى وكذا الرجم مع الجلد وزكوة التجارة مع صدقة الفطر وللشافعى يوافق فى الجلد مع الرجم وما سواه يجمع وكذا الزكوة مع احدهما اى العشر او الخراج خلافا للشافعى وصورته اذا اشترى ارض عشر او خراج بقصد التجارة فعليه العشر او الخراج وليس عليه زكوة التجارة عندنا وانما لم يعكس لان العشر والخراج الزم للارض بخلاف الزكوة لانه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما

قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج فى سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا فى سنة بتكرر الخارج على الطريقة التى قدمنا ذكرناه وقد يوازى بها تعلق الخراج

[illegible]

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه الاتفاق وجزية يبتدي الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتال حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني

بالتمكن فيستويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن ولا خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فاذا عطلها لا يؤخذ بشئ فان اثبت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الاغلب وهو عدم تكرار الزرع في العام قلنا وكذلك ليس في الغالب ان يعطل الارض عن الزراعة بالكلية ويؤخذ الخراج من ارض المرأة والصبي والاراضي الموقوفة لان وقفها اخراج من مستحق الى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبغي ان يطالب بذلك الناظر

باب الجزية هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول لقوته اذ يجب اسلموا اولم يسلموا بخلاف الجزية لا يلزمون بها الا اذا لم يسلموا ولانه حقيقة الخراج لانه اذا اطلق فانما يتبادر خراج الارض ولا يطلق على الجزية الا مقيدا فيقال خراج الرأس وعلامة المجاز لزوم التقييد وتجمع الجزية على جزى كلحية ولحى وهي في اللغة الجزاء وانما بنيت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الاذلال عند الاعطاء على ما سيعرف وهو على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح عليها فيتقدر بحسب ما عليه الاتفاق فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر اصله صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على الفي حلة في العام على ما في ابي داؤد عن عبد الله بن عباس رض قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران على الفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب انتهى وصالح عمر رض نصارى بني تغلب على ان يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكوة قال ابو يوسف رح في كتاب الخراج وابو عبيد في كتاب الاموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اهل نجران بعد ان قال على الفي حلة كل حلة اوقية يعني قيمتها اوقية فقول الولوالجي كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لان الاوقية اربعون درهما والحلة ثوبان ازار ورداء وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يؤخذ من رؤسهم واراضيهم قال ابو يوسف رح الفا حلة على اراضيهم وعلى جزية رؤسهم تقسم على رؤس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل ارض من اراضي نجران وان كان بعضهم قد باع ارضه او بعضها من مسلم او ذمي او تغلبي والمرأة والصبي في ذلك سواء في اراضيهم واما جزية رؤسهم فليس على النساء والصبيان انتهى يعني انه وقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم ارضه او لم يبع ثم اذا باع يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله ويؤخذ الخراج من المشتري المسلم وعشره من التغلبي المشتري وقولنا المصر على الف ومائتي حلة غير صحيح وكذا قوله في بني نجران فان النجران اسم ارض من حيز اليمن لا اسم قبيلة فكذا كان الثابت في الحديث اهل نجران والضرب الثاني جزية يبتدي الامام بتوظيفها اذا غلب على الكفار ففتح بلادهم واقرهم على املاكهم فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤا او ابوا رضوا او لم يرضوا فيضع على الغني في كل سنة ثمانية واربعين درهما بوزن سبعة يأخذ من احدهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى اوسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما واحدا وقال الشافعي يضع على كل حالم اي بالغ دينارا او اثني عشر درهما قال بعض مشائخهم الامام مخير بينهما والدينار في القواعد الشرعية بعشرة الا في الجزية فانه يقابل باثني عشر درهما لان عمر رض قضى بذلك وعند عامة اصحابهم لا يعتبر الدينار الا بالسعر والقيمة ويستحب للامام ان يماسكهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني اربعة دنانير وقال مالك رح يأخذ عن الغني اربعين درهما او اربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم او دينارا وقال الثوري وهو رواية عن احمد رح هي غير مقدرة بل مفوض الى راي الامام لانه عليه الصلوة والسلام امر معاذا باخذ الدينار وصالح هو عليه الصلوة والسلام نصارى نجران على الفي حلة وعمر رض جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح بني تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على انه لا تقدير فيها متعين بل مفوض الى راي الامام حتى لو نقص عن الدينار جاز وعن احمد رح روايتان اخريان احدهما كقولنا والاخرى كقول الشافعي رح وجهه ما رواه ابو داؤد والترمذي والنسائي عن الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ رض قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن

ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت

بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر

وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا ولهذا امره بالاخذ من الحالمة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية

وامرني ان آخذ من البقر من كل ثلثين تبيعا او تبيعة ومن كل اربعين مسنة ومن كل حالم دينارا او عدله معافر من غير فصل بين غني وفقير قال الترمذي حسن صحيح وذكر ان بعضهم رواه عن مسروق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو اصح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه فهذا كما ترى ليس فيه ذكر الحالمة وفي مسند عبد الرزاق ثنا معمر وسفيان الثوري عن الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى ان قال ومن كل حالم او حالمة دينارا او عدله معافر وكان معمر يقول هذا غلط ليس على النساء شيء وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحالمة وقال ابو عبيد وهذا والله اعلم فيما نرى منسوخ اذ كان في اول الاسلام نساء المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم ويستدل لذلك بما روى الصعب بن جثامة ان خيلا اصابت من ابناء المشركين فقال عليه الصلوة والسلام من آبائهم ثم اسند ابو عبيد عن الصعب بن جثامة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اولاد المشركين انقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر العدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافري ثوب منسوب الى معافر بن مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب وفي الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب اليه هذه الثياب المعافرية وهكذا ذكره ابن فارس في المجمل وفي الجمهرة لابن دريد المعافر بفتح الميم موضع باليمن ينسب اليه الثياب المعافرية وفي غريب الحديث للقتبي البرود المعافرية منسوبة الى معافر من اليمن وفي الجمهرة قال الاصمعي ثوب معافر غير منسوب فمن نسب فهو خطأ عنده ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل ولذا لم تجب على من لم يجز قتله بسبب الكفر كالذراري والنساء وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير الا انا لا نسلم قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم اجمعين ذكره الاصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن الحكم ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى السواد فمسحا ارضها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا اخبراه بذلك ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل علي كذلك وروى ابن ابي شيبة ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الجزية على رؤس الرجال على الغني ثمانية واربعين درهما وعلى المتوسط اربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر درهما وهو مرسل ورواه ابن زنجويه في كتاب الاموال ثنا ابو نعيم ثنا مندل عن الشيباني عن ابي عون عن المغيرة بن شعبة ان عمر رضي الله عنه وضع الخ وطريق آخر رواه ابن سعد في الطبقات الى ابي نضرة ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وضع الجزية على اهل الذمة فيما فتح من البلاد فوضع على الغني الخ ومن طريق آخر اسنده ابو عبيد القاسم بن سلام الى حارثة بن مضرب عن عمر رضي الله عنه انه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية واربعين واربعة وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم بلا نكير فحل محل الاجماع ثم عارض المصنف معناه بقوله ولانه اي الجزية وجبت نصرة للمقاتلة اي خلفا عن نصرة مقاتلة اهل الدار لان من هو من اهل دار الاسلام عليه نصرتهم وقد فاتت بميلهم الى اهل الدار المعادين لنا لاصرارهم على الكفر ولهذا صرفت الى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين فيختلف باختلاف حالهم لان نصرة الغني لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فانه كان ينصر راكبا ويركب معه غلامه والمتوسط راكبا فقط والفقير راجلا وهذا معنى قول المصنف وذلك لان النصرة تتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله يعني الجزية والحقها بخراج الارض فانه وجب على التفاوت واورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم ان لا يؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متبرعين او بطلب الامام منهم ذلك والحال انها تؤخذ منهم مع ذلك اجيب بان الشارع جعل نصرتهم بالمال وليس للامام تغيير المشروع وتحقيقه ان النصرة التي فاتت نصرة المسلمين بنصرة الاسلام فاتت بالكفر فابدلت بالمال وليس نصرتهم في حال كفرهم تلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها ويعلم ان الجزية خلف عن قتله ونصرته جميعا قال وما رواه من وضع الدينار على الكل محمول على انه كان صلحا فان اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا فوقع على ذلك وقلنا ولان اهل اليمن كانوا اهل فاقة والنبي صلى الله عليه وسلم يعلم فقرض عليهم ما على الفقراء ويدل على ذلك

قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى مِنَ الَّذِينَ اُوتُوا الْكِتَابَ حَتّٰى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ الآية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس **قال** وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركو العرب فلان النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب وجوابه ما قلنا

ما روى البخاري عن ابي نجيح قلت لمجاهد ما شأن اهل الشام عليهم اربعة دنانير واهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار واعلم انه سيجيء بما يفيد ان الجزية خلف عن قتلهم والوجه انها خلف عن قتلهم ونصرتهم جميعا لا عن احدهما فقط فهي عن المجموع ثم اختلف في المراد من الغني والمتوسط والفقير فقيل ان كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا ما لم يصل الى العشرة فمتوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وعن بشر بن غياث من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو موسر ومن ملك بلا فضل فهو الوسط ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل اي المكتسب وقال الفقيه ابو جعفر ينظر الى عادة كل بلد في ذلك الا ترى ان صاحب خمسين الف ببلخ يعد من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثرا وذكره عن ابي نصر محمد بن سلام ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا في نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شيء اما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض **قوله** وتوضع الجزية على اهل الكتاب اليهود ويدخل فيهم السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم الا انهم يخالفونهم في فروع والنصارى ويدخل فيهم الفرنج والارمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية واما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى او قال هم من اليهود فهم من اهل الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الاوثان وفي فتاوى قاضيخان وتؤخذ الجزية من الصابئة عن ابي حنيفة خلافا لهما واطلق في اهل الكتاب فيشمل اهل الكتاب من العرب والعجم واما المجوس عبدة النار ففي البخاري ولم يكن عمر رضي الله عنه اخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وهذا قول العلماء ووضع عليه الصلوة والسلام الجزية على المجوس وهجر بلدة في البحرين **قوله** وعبدة الاوثان بالجر اي وتوضع على عبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه الى الجزية في حق اهل الكتاب بالقرآن اعني ما تلوناه من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية وفي المجوس بالخبر الذي ذكرناه في صحيح البخاري فيبقى من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم بجامع ان كلا من الاسترقاق والجزية يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر انه يصير منفعة نفسه لنا وكذا الجزية فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين والحال ان نفقته في كسبه فقد ادى حاجة نفسه الينا او بعضها فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به وذلك لانه عام مخصوص باخراج اهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لانهم صاروا اتباعا لاصولهم في الكفر فكانوا اتباعا في حكمهم فكان الجزية على الرجل واتباعه في المعنى ان كان له اتباع والا فهي عنه خاصة **قوله** وان ظهر عليهم اي على من تقدم ذكرهم من اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اي قبل وضع الجزية فهم فيء وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية **قوله** ولا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما يعني مشركي العرب والمرتدين قد تغلظ فلم يكونوا في معنى العجم اما العرب فلان القرآن قد نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر فكان كفرهم والحالة هذه اغلظ من كفر العجم واما المرتدون فلان كفرهم بعد ما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه فكان كذلك فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة لزيادة الكفر وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب وهو قول مالك واحمد لان الاسترقاق اتلاف

واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين
ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل او عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم
الاهلية قال ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف انه تجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له راي ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي له اطلاق حديث
معاذ رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل

حكما فيجوز كما يجوز اتلاف نفسه بالقتل ولنا قوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون اي الى ان يسلموا وروي عن ابن عباس انه عليه الصلوة والسلام قال لا يقبل
من مشركي العرب الا الاسلام او السيف وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنه وقال والقتل مكان او السيف وعنه
عليه الصلوة والسلام لا رق على عربي واخرجه البيهقي عن معاذ ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابتا على احد من العرب رق لكان اليوم وقال
المصنف وجوابه ما قلنا يعني من ان كفره اغلظ فلا يكون له حكم الاخف منه قوله واذا ظهر عليهم اي على مشركي العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء يسترقون لانه
عليه الصلوة والسلام استرق ذراري اوطاس وهوازن وابو بكر رضي الله عنه استرق بني حنيفة اسند الواقدي في كتاب الردة في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم ان
خالد بن الوليد صالحهم على ان يؤخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي ثم دخل حصونهم صلحا فاخرج السلاح والكراع والاموال والسبي
ثم قسم السبي قسمين واقرع على القسمين فخرج سهمه على احدهما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحدثني ابو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر
عن اسماء بنت ابي بكر الصديق رضي الله عنه قالت قد رأيت ام محمد بن علي بن ابي طالب رضي الله عنه وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنيفة ويسمى ابنها
محمد بن الحنفية قال حدثني عبد الله بن نافع عن ابيه قال كانت ام زيد بن عبد الله بن عمر رضي الله عنه من ذلك السبي وحنيفة ابو حي من العرب سمي به لان جذيمة
ضربه حين التقيا فحنف رجله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمي جذيمة وحنيفة بن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل واعلم ان ذراري المرتدين ونسائهم
يجبرون على الاسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الاوثان لا يجبرون وفي فتاوى قاضيخان واما الزنادقة قالوا لو جاء زنديق قبل ان
يؤخذ فاخبر انه زنديق وتاب تقبل توبته فان اخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لانهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا يؤخذ منه
الجزية قوله ولا جزية على امرأة ولا صبي وكذا على مجنون بالاخلاف لان الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي او عن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهولاء
ليسوا كذلك ولا على اعمى وزمن ولا المفلوج وعن الشافعي يؤخذ منهم لاعتبارها اجرة الدار ولا تؤخذ من الشيخ الكبير الذي لا قدرة له على قتال ولا كسب
وعن ابي يوسف تؤخذ منه اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له راي في الحرب وجه الظاهر انه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقوله لما
بينا والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل كعلم يزمن زمانة قوله ولا على فقير غير معتمل اي الذي لا يقدر على العمل وان احسن حرفة وعلى قول الشافعي
عليه الجزية في ذمته له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه وهو قوله عليه الصلوة والسلام خذ من كل حالم ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظف الجزية
على فقير غير معتمل اراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضي الله عنه وروى ابن زنجويه في كتاب الاموال ثنا الهيثم بن عدي
بن عمر بن نافع حدثني ابو بكر العبسي صلة بن زفر قال ابصر عمر شيخا كبيرا من اهل الذمة يسأل فقال له ما لك قال ليس لي مال وان
الجزية تؤخذ مني فقال له عمر رضي الله عنه ما انصفناك اكلنا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب الى عماله ان لا تأخذوا الجزية من شيخ كبير
ولان خراج الارض كما لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس بجامع عدم الطاقة بحكمة دفع الضرر الدنيوي والحديث محمول
على المعتمل بالمعنى الذي ذكرنا وبتوظيف عمر المقترن بالاجماع جمعا بين الدليلين فان قلت ما تقدم من توظيف عمر رضي الله عنه ليس فيه المعتمل
قلنا قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثني عشر اخرجه البيهقي ولا يقال بنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف
ولا يقولون به لانا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز ان يضاف الى الاصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم انما توظف على المعتمل
اذا كان صحيحا في اكثر السنة والا فلا جزية عليه لان الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو ما نقص عن نصف العام

ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدى عنهم موالیهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد رح عن ابي حنيفة رح انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رح وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام

قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى الاعتبار الاول يجب لان المملوك الحربي يقتل وعلى الاعتبار الثاني لا يجب لان المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الاصل في حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفاء الاصل وامكانه فدار بين الوجوب وعدمه فلا يجب بالشك والوجه ان يقال انها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعا ولا يتحقق الثاني لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفي الجزء وهذا لانذكره فيما يلي هذه المسئلة واذا كان خلفا عن ابي حنيفة لا يحسن قوله فلا يجب بالشك بل لا يجب بلا شك ثم لا يخفى ان ذكر ام الولد ليس على ما ينبغي فان من المعلوم ان لا جزية على النساء ولعله ابن ام الولد فسقطت لفظة ابن **قوله** ولا يؤدى عنهم موالیهم يعني لما قلنا لا توضع عليهم جاز ان يقال انها تؤخذ من موالیهم فيؤدون عنهم فازال هذا الاحتمال بقوله ولا يؤدى عنهم موالیهم لانهم تحملوا الزيادة في الجزية حتى لزمهم جزية الاغنياء بسببهم فلا يؤخذ منهم عنهم شيء آخر والا كانوا ملزمين بجزيتين ويقرر بوجه آخر وهو انهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم معنى شرعا فلا يجب شيء آخر وهذا بناء على ان غناء الملاك بهم لانهم مال ويحرزون المال بالكسب **قوله** ولا توضع على الرهبان جمع راهب وقد يقال هو للواحد رهبان ايضا وشرطه ان لا يخالط الناس ومن خالط منهم فعليه الجزية هكذا ذكر القدوري وذكر محمد رح عن ابي حنيفة رح انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رح ووجه الوضع انه الذي ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل ارض المباح من الزراعة ووجه وضع الجزية عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا يخفى ان هذا اصل الشافعي رح على ما تقدم انها عندنا بدل من نصرتهم التي فاتت بالكفر وعنده بدل من القتل فافاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم ايانا فمتى تخلف احدهما انتفى وجوبها وعن محمد رح لا جزية على المسكين قيل يجوز انه اراد من لا يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا ويجوز ان يقول هو لا يخالط الناس ومن لا يخالط الناس لا يقتل **قوله** ومن اسلم وعليه جزية بان اسلم بعد كمال السنة سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما وكذا لو مات في اثناء السنة او اسلم وفي اصح قولي الشافعي رح لا تسقط فيهما ايضا وعلى هذا الخلاف لو عمي او زمن او اقعد او صار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او افتقر بحيث لا يقدر على شيء لان الجزية وجبت بدلا عن العصمة التي تثبت للذمي بعقد الذمة كما هو قول الشافعي رح او بدلا عن السكنى في دار الاسلام كما هو قول آخر له وقد وصل اليه العوض وهو حقن دمه وسكناه الى الموت او الاسلام وصار بذلك مستوفيا للمبدل فتقرر البدل دينا في ذمته فلا يسقط بهذا العارض الذي هو موته او اسلامه كسائر الديون من الاجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل ادائه ولنا ما اخرجه ابو داؤد والترمذي عن جرير عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية قال ابو داؤد وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا اسلم فلا جزية عليه وباللفظ الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الاوسط عن ابن عمر رض عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوسا وليس قابوس في سند الطبراني فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه مونع الفائدة اذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين فالاخبار به عن جهة الفائدة ليس كالاخبار لسقوطها في حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه تعميم موته واسلامه وبهذا الحديث ونحوه اجمع المسلمين على سقوط الجزية بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق

[illegible] بعد الاسلام والعصمة ثبتت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه ولا يستحق لانها اي العصمة [illegible] فان اجتمعت عليه
الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
يؤخذ منه وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل
لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه
تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رح انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث بها على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي به بنفسه فيعطي قائما
والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا ذمي وقيل يا عدو الله فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا
عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية
عنه ثم قول محمد في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند
البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة رح باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند
الشافعي رح في آخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناه في اوله

اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض وترتفع الجزية لان كلا منهما محل الاجماع فان عقلت حكمة
في ذلك والا وجب الاتباع على ان الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ لا اذلال في خراج الارض لانه مؤنة الارض كي تبقى في ايدينا والمسلم من سعى في
بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لانها ذل ظاهر وصغار واما الاسترقاق فلان اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين
بخلاف الجزية فانه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص قوله ولانها اي الجزية
انما وجبت عقوبة عن الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية
ولا شك في انتفاء الاول ولذا اخذت بطريق الاذلال بل هذا ضروري من الدين فتعين انها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل
معاوضة كما ظنه فتسقط بالاسلام ولا انتقام بعد الموت ولهذا لا يضرب من سبق موته اقامته ما ثبت عليه ولان العقوبة الدنيوية
لا يكون الا لدفع شره في الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذي يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق وقد
اندفع بالموت والاسلام وهذا لا ينافي كونها بدلا اي خلفا عن النصرة لنا فكانت عقوبة دنيوية على كفره الذي هو سبب حرابته دفعا لما اضافه
يأخذها منه وبدلا من نصرته الفائتة بكفره واذا كانت خلفا ايضا عن النصرة انتفت بالاسلام لان شرط الخلف عدم القدرة على الاصل
وقد قدر عليها بالاسلام واما قوله انها بدل عن العصمة فهي ثابتة بالآدمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به او للطهور خلافا
منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلا عن السكنى قلنا الذمي يسكن ملك نفسه فلا يكون اجرة ولانه بعقد الذمة صار من اهل الدار فلا يؤخذ منه
بدل تمكينه من الاقامة بها والاحسن ترك الكلام في ابطال الامرين فان العصمة الاصلية زالت بالكفر وهذه عصمة متجددة بالعصمة ويكفي ما ذكرنا
من ذلك انها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها لتمكن اقامتها وهذا لانها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعي الى حرابته ولا تمكن
من اقامة هذه العقوبة على الاستمرار الا بالعصمة قوله فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت اي الجزية انث فعل الحولين لتأويله بالسنتين ولا داعي
الى ذلك من اول الامر وتقدير مضاف اي جزيتا حولين ولفظ القدوري فيما ذكره الاقطع وان اجتمع عليه حولان وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه
خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت السنة الاخرى لم يؤخذ منه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يؤخذ منه فان مات عند تمام السنة لم يؤخذ
منه في قولهم جميعا وكذا ان مات في بعض السنة اما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف فاذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراجه سنين عنده وعندهما يؤخذ
منه ما مضى وقيل لا تداخل فيؤخذ ما مضى بالاتفاق لهما في الخلافية وهي تداخل الجزية ان الخراج اي الجزية لانها خراج الرأس وجب
عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها على الوجه المأمور به تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين لانه ما دام
كافرا امكن استيفاؤه على وجه الصغار والاذلال له بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه لان المسلم لا يجب اذلاله بل يجب توقيره
وانت تعلم ان كونها وجبت عوضا وكون المتحصل فيها اعواضا خلاف ما تقدم وانه بقول الشافعي رح اليق فانه اريد بالاعواض الجزية الواقعة
عقوبة ثم عليها وجه ابي حنيفة رح القائل والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الافطار في رمضان مع انها عقوبة وعبادة فخيران
الراجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة وقوله ولهذا الخ استيضاح على انها عقوبة يعني لو بعث
بها على يد نائبه لا تقبل منه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي بها بنفسه فيعطي قائما والقابض جالس وفي رواية يأخذه بتلبيبه

فصل ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث فى الحقيقة والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة فى البيت لانه تبع للسكنى وهذا فى الامصار دون القرى لان الامصار هى التى تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل فى ديارنا يمنعون من ذلك فى القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروى عن صاحب المذهب فى قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة

وهو ما يلى صدره من ثيابه ويقول اعط الجزية يا ذمى وقبولها من النائب يفوت المامور به من اذلاله عند الاعطاء قال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وله وجه آخر انها وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا لكن بمعنى عن القتل فى المستقبل والنصرة فى المستقبل لان القتل انما يستوفى لحرب قائم فى الحال لا لحرب ماض وكذا النصرة فى المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه بانقضائه فانقضت الحاجة فيه الى شئ من الاشياء وفى المبسوط ولان المقصود ليس هو المال بل استذلال الكافر واستصغاره وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة ثم قول محمد رح فى الجامع وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشائخ على مضى السنة مجازا فقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع فى الحولين او فى الجزيتين فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته وهو ان يراد دخول اول السنة فان مجئ الشهر بمجئ اوله ومجئ السنة بمجئ اولها والاصح هو هذا فالوجوب عندنا باول السنة وعند الشافعى رح فى آخره اعتبارا بالزكوة ولنا انما وجبت الجزية بدلا عنه وهو النصرة والقتل لا يتحقق الا فى المستقبل على ما قررناه من ان القتل انما يستوفى لحرب قائم فى الحال دفعا للشر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم وانما يحتاج اليها فى المستقبل بخلاف الزكوة لان الوجوب فى المال النامى فلا بد من الحول ليتحقق الاستيفاء فلم يجب قبله لعدم اتصافه بذلك قبله ثم اقيم الحول مقام النماء لانه الممكن منه فصار المال به ناميا تقديرا

فصل لما كانت هذه احكام تتعلق بالذمى باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك **قوله** ولا يجوز احداث بيعة بكسر الباء ولا كنيسة فى دار الاسلام وهما متعبد اليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفى ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة والكنيسة لمتعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة وقيد المص عموم دار الاسلام بالامصار دون القرى لان الامصار هى التى تقام فيها الشعائر فاحداثها فيها معارضة باظهار ما يخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر ان فى قرى ديارنا ايضا لا تحدث فى هذا الزمان والمروى عن صاحب المذهب يعنى ابا حنيفة رح كان فى قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل ذمة بخلاف قرى المسلمين اليوم ولذا قال شمس الائمة فى شرحه كتاب الاجارات الاصح عندى انهم يمنعون عن ذلك فى السواد وان كان فى السير الكبير قال ان كانت قرية غالب اهلها اهل الذمة لا يمنعون واما القرى التى سكنها المسلمون اختلف المشائخ فيها على ما ذكرنا فصار اطلاق منع الاحداث هو المختار فصدق تعميم القدورى منعها فى دار الاسلام والصومعة وهو ما يبنى للتخلى عن الناس والانقطاع فيها لهم مثلها فيمنع ايضا وكذا يمنع بيت نار ثم قال القدورى وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها قال المص لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمنا غير انهم لا يمكنون من نقلها من مكان الى آخر لانه احداث فى ذلك المكان المنقول اليه فلا يجوز وفى هذا التعليل اشارة الى ان ذلك اذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على اراضيهم سواء كان اماما فى زمن الصحابة رض والتابعين او بعدهم ثم قيل امصار المسلمين ثلاثة احدها ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعة وكنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة باجماع اهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وثانيها ما فتح المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شئ بالاجماع وما كان فيها شئ من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعى رح فى قول واحمد رح فى رواية يجب وعندنا ان جعلهم ذمة امرهم ان يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلوتهم فيها ولكن لا تهدم وهو قول الشافعى رح ورواية عن احمد رح لان الصحابة رض فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديرا ولم ينقل ذلك قط وثالثها ما فتح صلحا فان صالحهم على ان الارض لهم ولنا الخراج جاز احداثهم وان صالحهم على ان الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم فى الكنائس على ما يقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين الاحداث لا يمنعهم الا ان الاولى ان لا يصالحهم الا على ما وقع عليه صلح عمر رض من عدم احداث شئ منها ويمنعون

وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب

من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنازير بالاجماع انتهى وقوله يمنعون من شرب الخمر معناه اى التجاهر به اى اظهاره وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنع انتهى وقال محمد رح كل قرية من قرى اهل الذمة او مصرا او مدينة لهم اظهروا فيها شيئا من الفسق مثل الزنا والفواحش التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه وكذا المزامير والطنابير والغناء ومن كسر شيئا من ذلك لم يضمن واعلم ان البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها واما في الامصار فاختلف كلام محمد رح فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة وذكر في الاجارة انها لا تهدم وعلى عمل الناس هذا فانا راينا كثيرا منها توالت عليها ائمة وازمان وهي باقية لم يأمر امام بهدمها فكان متوارثا عن عهد الصحابة رض وعلى هذا لو مصرنا برية فيها ديرا وكنيسة فوقع في داخل السور ينبغي ان لا يهدم لانه كان مستحقا للامان قبل وضع السور فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لانها كانت فضاء فادار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس ويبعد من امام تمكين الكفار من احداثها جهارا في جوف المدن الاسلامية فالظاهر انها كانت في الضواحي فادير السور فاحاط بها وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن في دار الاسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغي ان لا تهدم لانها كانت في امصار قديمة ولا شك ان الصحابة رض والتابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بانهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف انها فتحت صلحا حكمنا بانهم اقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الاظهار فانظر الى قول الكرخي اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا في كنائسهم القديمة من ذلك ما احبوا فاما ان يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك ولكن يخرجوا خفية من كنائسهم واستدل المص على عدم الخلاف بقوله عليه الصلوة والسلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال المص رح المراد احداثها وهذا لان البيعة قد تحققت كثيرا من الصحابة رض في الصلح وفي رواية البيهقي تصريح بذلك في سننه عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه ورواه ابو عبيد القاسم بن سلام ثنا عبد الله بن صالح ثنا الليث بن سعد حدثني توبة بن نمير الحضرمي قاضي مصر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال وروى ابو الاسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن ابي الخير قال قال عمر بن الخطاب رض لا كنيسة في الاسلام ولا خصاء وروى ابن عدي في الكامل بسنده الى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبنى كنيسة في الاسلام ولا يجدد ما خرب منها واعل بسعيد بن سنان واذا تعددت الطرق الضعيف يصير حسنا ثم قيل المراد بالخصاء نزع الخصيتين وقيل كناية عن التخلي عن اتيان النساء قوله

وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها فلا يحدث فيها كنيسة ولا تقر لانهم لا يمكنون من السكنى فيها فلا فائدة في اقرارها الا ان تتخذ دار سكنى ولا يباع فيها خمر ولا في قرية منها ولا في ماء من مياه العرب ويمنعون من ان تتخذ ارض العرب مسكنا او وطنا بخلاف امصار المسلمين التي ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناه ولا خلاف في ذلك وذلك لقوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب اخرج اسحق بن راهويه في مسنده انبانا النضر بن شميل ثنا صالح بن ابي الاخضر حدثني الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ورواه عبد الرزاق قال اخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بارض العرب او قال بارض الحجاز دينان ورواه في الزكوة وزاد فيه فقال عمر رض لليهود من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليأت به والا فاني مجليكم قال فاجلاهم عمر رض وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك في مرض موته قال الدارقطني في علله هذا اصح ورواه مالك رح في الموطأ قال مالك قال ابن شهاب ففحص عمر رض عن ذلك حتى اتاه اليقين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان في جزيرة العرب فاجلى يهود خيبر واجلى يهود نجران

قال ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان يكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي رح سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه لو كان مسلما ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه

وغيرهما وفي صحيح البخاري ومسلم عن ابن عباس رض لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال اخرجوا المشركين من جزيرة العرب وجزيرة العرب من اقصى عدن ابين الى ريف العراق في الطول واما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر الى اطراف الشام وسميت جزيرة لانزجار المياه التي حوالها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات وقيل لان حواليها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات وقال الزهري سميت جزيرة لان بحر فارس وبحر السودان احاط بجانبيها الجنوبي واحاط بالجانب الشمالي دجلة والفرات وقال المنذري في مختصره قال مالك رح جزيرة العرب المدينة نفسها وروي انها الحجاز واليمن واليمامة وحكى البخاري عن المغيرة قال هي ارض مكة والمدينة قوله ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم وفي مراكبهم وسروجهم وقلانسهم وحاصل هذا ان اهل الذمة لما كانوا مخالطين لاهل الاسلام فلا بد مما يميز المسلم من الكافر كيلا يعامل معاملة المسلم في التوقير والاجلال وذلك لا يجوز وربما يموت احدهم فجاءة في الطريق ولا يعرف فيصلى عليه بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم عليه الصلوة والسلام بذلك لانهم كانوا معروفين باعيانهم لجميع اهل المدينة ولم يكن لهم زي خاص عن المسلمين واذا وجب التميز وجب ان يكون فيه صغار لا اعزاز لان اذلالهم لازم بغير اذى من ضرب او صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافهم بهيئة وضيعة ولذا امروا بالكستيجات وهو خيط اي غليظ الاصبع من الصوف يشده فوق ثيابه دون الزنار من الابريسم لان فيه جفاء للمسلمين اي اغلاظا عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين وربما تتوق انفسهم فيقولون الكفار احسن حالا منا فانهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كد وتعب واليه اشارة بقوله تعالى ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون تنبيها على خسة الدنيا عند الله عز وجل واذا منع من شدة بحاشية رقيقة من الابريسم فمنعهم من لبس الثياب الفاخرة التي تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا او غيره كالصوف المربع والجوخ الرقيق والابراد الرقيق اولى ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ولا شك في منع استكتابهم وادخالهم في المباشرة التي يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفا من ان يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له من الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الاكف او قريبا منه ولا يركبون الخيل بل اختار ان لا يركبوا اصلا الا اذا خرجوا الى ارض قرية ونحوه او كان مريضا الا ان تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل في مجامع المسلمين اذا مر بهم ولا يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط واذا عرف ان المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلد ما يتعارفه اهله وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة فالزموا النصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء وكذا تؤخذ نساؤهم بالزي في الطريق فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا في الحمامات وكذا تميز دورهم عن دور المسلمين كيلا يقف سائلهم فيدعو لهم بالمغفرة او يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين ويمنعون من لباس يختص باهل العلم والزهد والشرف وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون ولا يلبسوا طيالسة كطيالسة المسلمين ولا اردية كاردية المسلمين هكذا امروا واتفقت الصحابة رض على ذلك قوله ومن امتنع من اداء الجزية او قتل مسلما او زنى بمسلمة او سب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده فيصير مباح الدم باعتبار انه لا عهد له عند زوال عقده وقيد باداءها لانه لو امتنع من قبولها نقض عهده وعند الشافعي رح ينتقض عهده بالامتناع عن اداء الجزية وعدم قبول احكام الاسلام او ينقضه بزناه بمسلمة او اصابها بنكاح او ان يفتن مسلما عن دينه او يقطع الطريق او يدل على عورات المسلمين او يقتل مسلما وهو قول مالك رح واحمد رح الا ان الكاسانى قال ينتقض باكراه المسلمة على الزنا لا انه ينقض عهده بذلك وفيما سوى ذلك وهو سب النبي صلى الله عليه وسلم فانه يقتله به ان لم يسلم وبه افتى

قال ولا ينقض العهد إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيحاربوننا لأنهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب وإذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات وكذا في حكم ما حمله من ماله إلا أنه لو أسر يسترق بخلاف المرتد

فصل ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لأن عمر رض صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رض ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لأن الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رح لا يؤخذ من نسائهم أيضا وهو قول الشافعي رح لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رض هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا أنه مال وجب بالصلح والمرأة من أهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها

في هذا الشافعي في قول وأحمد في رواية وللشافعي أيضا فيما إذا ذكره تعالى بما لا ينبغي أو سبه عليه السلام قولان آخران أحدهما لا ينتقض والآخر ينتقض وجه قوله هذا أنه بذلك ينتقض إيمانه لو كان مسلما فينتقض به أمانه الأدنى إذ عقد الذمة خلف عن الإيمان في إفادة الأمان فلما انتقض الأصل ينتقض الخلف بالطريق الأولى وروى أبو يوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر رض أن رجلا قال له سمعت راهبا سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته إنا لم نعطهم العهود على هذا قال المصنف ولنا أن سبه عليه الصلوة والسلام كفر من الذمي كما هو ردة من المسلم والكفر المقارن لعقد الذمة لا يمنع عقد الذمة في الابتداء فالكفر الطاري لا يرفعه في حال البقاء بطريق أولى ويؤيده ما روي عن عائشة رض أن رهطا من اليهود دخلوا على النبي عليه الصلوة والسلام فقالوا السام عليك فقال وعليكم قالت ففهمتها فقلت عليكم السام واللعنة فقال صلى الله عليه وسلم مهلا يا عائشة فإن الله يحب الرفق في الأمر كله قالت فقلت يا رسول الله ألم تسمع ما قالوا قال عم قد قلت وعليكم ولا شك أن هذا سب منهم له عليه الصلوة والسلام ولو كان نقضا للعهد لقتلهم لصيرورتهم حربيين قال وحديث ابن عمر رض إسناده ضعيف وجاز أن يكون قد شرط عليهم أن لا يظهروا سبه عليه الصلوة والسلام والذي عندي أن سبه عليه الصلوة والسلام أو نسبة ما لا ينبغي إلى الله تعالى إن كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد إلى الله تعالى تقدس عن ذلك إذا أظهره يقتل به وينتقض عهده وإن لم يظهره ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لأن دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي هو المراد بالإعطاء مقيد بكونهم صاغرين أذلاء بالنص ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لا عند مجرد القبول وإظهار ذلك منه ينافي قيد كون قبول الجزية دافعا لقتله لأنه الغاية في التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالإسلام والمسلمين فلا يكون جاريا على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغرا ذليلا وأما اليهود المذكورون في حديث عائشة رض فلم يكونوا أهل ذمة بمعنى إعطائهم الجزية بل كانوا أصحاب موادعة بلا مال يؤخذ منهم دفعا لشرهم إلى أن أمكن الله منهم لأنه لم توضع جزية قط على اليهود المجاورين من قريظة والنضير وهذا البحث منا يوجب أنه إذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم حل للإمام قتله أو يرجع إلى الذل والصغار **قوله** ولا ينقض عهده إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا أهل الذمة على موضع قرية أو حصن فيحاربوننا لأنهم بكل من الخصلتين صاروا حربا علينا وعقد الذمة ما كان إلا لدفع شر حرابهم فيعرى عن الفائدة فلا يبقى فإذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات وإذا تاب يقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الإسلام إجماعا ويقسم ماله بين ورثته وكذا في حكم ما حمله من ماله إلى دار الحرب بعد النقض ولو ظهر على الدار يكون فيئا لعامة المسلمين كالمرتد إذا لحق بمال ولو لحق بدار الحرب ثم عاد إلى دار الإسلام وأخذ من ماله وأدخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالوارث أحق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لأن الملك لهم حين أخذه فإن عاد بعد الحكم باللحاق ففي رواية يكون فيئا وفي رواية لا ولا يبعد أن يقال انتقاله إلى المكان الذي تغلبوا فيه كانتقاله إلى دار الحرب إن لم تكن متاخمة لدار الإسلام بالاتفاق وإن كانت على قولهما وقوله إلا أنه لو أسر يسترق استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد بخلاف المرتد إذا لحق ثم ظهر على الدار فأسر لا يسترق بل يقتل إذا لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه إذا عاد بعد نقضه وقبلها لأنه ما كان التزم بالذمة الإسلام بل أحكامه فجاز أن يعود إلى الذمة بخلاف المرتد التزم الإسلام فلا بد أن يعود إليه أما إذا لم يعد ولم يقبلها حتى أخذ بعد الظهور فقد استرق فلا يتصور منه جزية

فصل أفرد أحكام نصارى بني تغلب بفصل لأن حكمهم مخالف لسائر النصارى وتغلب بن وائل من العرب من ربيعة تنصروا في الجاهلية فلما جاء الإسلام

ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رحمه الله يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فألحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فألحق به مولاه

ثم زمن عمر رضي الله عنه دعاهم عمر رضي الله عنه الى الجزية فابوا وانفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا امير المؤمنين ان القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم فاجمع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ثم الفقهاء وفي رواية ابي يوسف رحمه الله بسنده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر رضي الله عنه ان بني تغلب الحديث الى ان قال فصالحهم عمر رضي الله عنه على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة وعلى ان يسقط الجزية من رؤسهم انتهى ففي كل اربعين لهم شاتان ولا زيادة حتى يبلغ مائة وعشرين ففيها اربع شياه وعلى هذا في البقر والابل ثم اختلف الفقهاء هل هي جزية على التحقيق من كل وجه او لا فقيل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبي فلو كانت للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شيء وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله قال الكرخي رحمه الله وهذا الرواية اقيس وهو قول الشافعي رحمه الله لان الواجب بكتاب الله عليهم الجزية فاذا صالحوهم على مال جعل واقعا موقع المستحق يؤيده قول عمر رضي الله عنه هذه جزية سموها ما شئتم قال اصحابنا واحمد رحمه الله هو وان كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكوة واسبابها اذ الصلح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطى جالسا ان شاء ولا يؤخذ بتلابيبه والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يخص الجزية والمرأة من اهلها ومن اهل ما يجب من المال في الصلح فيؤخذ بخلاف الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم واموالهم لعدم وجوب الزكوة عليهم عندنا بخلاف ارضهم فيؤخذ خراجها لانها وظيفة الارض وسبب عبادة ليحض الغالبين كنفقة عبيدهم وحاصل ما ذكر يفيد انه روعي في هذا المأخوذ جهة الجزية في المصرف وفيما سوى ذلك روعي جهة الزكوة اما الاول فلانها حقيقة الجزية واما الثاني فلان ما وقع عليه الصلح لا يغير وهذه الجزية التي وجبت بالصلح وقد علمت ان الجزية قسمان قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذي وقع عليه الصلح كيف ما وقع والذي يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكميته هو الجزية التي يبتدئ الامام وضعها شاؤا او ابوا على ما تقدم قوله ويوضع على مولى التغلبي اي معتقه الخراج اي الجزية وخراج الارض وقال زفر رحمه الله يضاعف عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلبي نفسه لقوله عليه الصلوة والسلام مولى القوم منهم وهذا الحديث استدل للنائب في الزكوة على حرمان مولى الهاشمي الزكوة ولذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبي وجميع الاحاديث المذكورة في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكوة من هذا الباب ولنا ان هذا اي وضع الصدقة المضاعفة تخفيف ان لم يكن فيه وصف الصغار والذلة برغبتهم في ذلك واستنكافهم ما سواه والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف الا يرى ان الاسلام اعلى اسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلان لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبية اولى بخلاف حرمة الصدقات على الهاشمي لانه ليس تخفيفا بل تحريم والحرمات تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمي به وينقض بمولى الغني تحرم الصدقة على معتقه ولم تتعد اليه فقال لا يلزم لان الغني من اهل الصدقة في الجملة الا يرى انه لو كان عاملا عليها اعطى كفايته منها وانما الغنى مانع من الاسقاط عن المعطى له شرعا تحقق في حق سيده ولم يتحقق في المولى فخص السيد اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لشرفه وكرامته عن اوساخها ولذا لا يعطى منها لو كان عاملا فالحق به مولاه لان التكريم ان لا ينسب اليه تلك الاوساخ بنسبة قال قلت هذا التقديم للمعنى على النص وهو قوله عليه الصلوة والسلام مولى القوم منهم اجيب بان الحديث غير مجرى على عمومه بالاجماع فان مولى الهاشمي ليس بمنزلته في الكفاءة للهاشمية والامامة وكان عاما مخصوصا بالنسبة الى الكفاءة والامامة فيخص بالمعنى الذي ذكرناه ايضا وهو انه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتضعيف

قال وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب ولا يتفرغون للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله اعلم

باب احكام المرتدين

قال واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته

الى المولى الاسفل بدليل التحقيق بالاسلام لم يتعد الى الحليف كون المولى منهم بما فيه دفع نقيصة لما ان نقيصة المولى الاسفل ينسب الى مولاه وجه آخر بان القياس ان لا يكون المولى منهم ولا بازرة الا احكامهم لانه ليس منهم حقيقة تاره ورد الحديث في منع الزكوة وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام استعمل ارقم بالارقم على الصدقات فاستتبع ابا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلوة والسلام ان الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد فان موالي القوم منهم واذا علم عدم عمومه فليختص بسببه وهو الزكوة واما الجواب بان قيل لم يلحق زفر به احداً من الفقهاء فقيل بل قوله مروي عن الشعبي قوله وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وهي مواضع مخافة العدو فيها من دار الاسلام وبناء القناطر والجسور وهي ما يوضع ويرفع فوق الماء ليمر عليه بخلاف القنطرة لمحكم بناؤها ولا ترفع ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم وتدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم فانه تجب نفقته عليهم فلو لم يكفوها من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا لانه مال بيت المال لانه وصل الى المسلمين من غير قتال ومال كذلك هو مال بيت المال بخلاف الحاصل بسبب القتال فانه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال واذا كان مال بيت المال يصرف في مصالح المسلمين وهؤلاء عمالهم وزاد المص في التجنيس في علامة السياسة اي شجاع انه يعطى ايضاً المعلمين والمتعلمين وبهذا يدخل طلبة العلم بخلاف المذكور ههنا لانه قيل ان يتاهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين قوله ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولكونه صلة سمي عطاء فلا يملك قبل القبض فلا يورث ويسقط بالموت وهذا لانه مات قبل تاكد حقه بمجيء وقت المطالبة والحق الضعيف لا يجري فيه الارث كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث بخلاف ما اذا تاكد كسهمه بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فانه يورث على ما اسلفناه وتقييده بما ذكره في الجامع الصغير بنصف السنة ربما يشعر بانه اذا مات آخرها يعطى ورثته قالوا لا يجب ايضاً ولكن يستحب لانه اوفى عناءه اي تعبه في عمله للمسلمين فيستحب ان يعطى ونص شمس الائمة على عدم وجوب اعطائه بعد ما تمت السنة ايضاً بما ذكرنا في نصفها فاقاد انه لا يتاكد الحق بعد ما تمت السنة ايضاً معمولاً على انه صلة فلا يملك قبل القبض وهذا يقتضي قصر الارث على حقيقة الارث والوجه يقتضي وجوب دفعه لورثته لان حقه تاكد باتمام عمله في السنة كما قلنا انه يورث سهم الغازي بعد الاحراز بدار الاسلام لتاكد الحق حينئذٍ وان لم يثبت له الملك قول فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند آخرها يستحب ان يصرف ذلك الى ورثته فاما قبل ذلك فلا الا على قدر عنايته يقتضي ان يعطى حصته من العام ثم قيل رزق القاضي ومن في معناه يعطى في آخر السنة ولو اخذ في اولها ثم مات او عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقي وقيل على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب وقال محمد رحمه الله اجب الى رد الباقي كما لو عجل لها النفقة مدة فماتت قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ذكره في جامع قاضيخان و التمرتاشي والعطاء هو ما يثبت في الديوان باسم كل من ذكرنا من المقاتلة وغيرهم وهو كالجامكية في عرفنا الا انها شهرية والعطاء سنوي

باب احكام المرتدين لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي شرع في بيان احكام الكفر الطاري والمرتد هو الراجع عن دين الاسلام قوله واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة ابداها كشفت عنه لانه عساه اعترته اي عرضت له شبهة فتزاح عنه فيه دفع شره باحسن الامرين وهما القتل والاسلام واحسنهما الاسلام ولما كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال الا ان العرض على ما قالوا اي المشايخ غير واجب بل مستحب لان الدعوة قد بلغته وعرض الاسلام هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة

المالكية

قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام حرا كان او عبدا فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رح ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرة فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناه بالثلث ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال و هذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود

قوله ويحبس ثلثة ايام فان اسلم فبها والا قتل وهذا اللفظ ايضا من القدوري يوجب وجوب الانتظار ثلثة ايام على ما عرف من الاخبار في مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل اي مكانه فانه يفيد ان انظاره الايام الثلاثة ليس واجبا ولا استحبابا وانما تعينت الثلاثة لانها مدة ضربت لابلاء العذر بدليل حديث حبان ابن منقذ في الخيار ثلاثة ايام ضربت للتامل لدفع الغبن وقصة موسى عليه السلام مع العبد الصالح ان سالتك عن شيء بعدها وهي الثالثة الى قوله تعالى قد بلغت من لدني عذرا وعن عمر رض ان رجلا اتاه من قبل ابي موسى فقال له هل من مغربة خبر فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال هلا حبستموه في بيت ثلاثة ايام واطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب ثم قال اللهم اني لم احضر ولم آمر ولم ارض اخرجه مالك في الموطا لكن ظاهر تبري عمر رض يقتضي الوجوب ثم قال المص تاويل الاول وهو قول القدوري الدال على وجوب امهاله الايام الثلاثة انه يستمهل فيمهل وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التاجيل اجل ثلاثة ايام لان الظاهر انه دخل عليه شبهة فعلينا ازالة تلك الشبهة او انه يحتاج الى التفكر ليتبين له الحق فلا بد من المهلة واذا استمهل كان على الامام ان يمهله ومدة النظر جعلت في الشرع ثلاثة ايام كما في الخيار ثم قال في حديث عمر رض المذكور الدال على الوجوب تاويله انه لعله طلب التاجيل وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه يستحب ان يؤجله ثلاثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رح ان على الامام ان يؤجله ثلاثة ايام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا اذ لا بد من مدة يمكنه فيها التامل فقدرناها بثلاثة ايام لما ذكرنا والصحيح من قول الشافعي رح انه اذا تاب في الحال والا قتل لحديث معاذ وقوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا ان اريد به عدم وجوب الانظار فمذهبنا والاستدلال مشترك ومن الادلة ايضا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربي وان كان اريد به نفي استحباب الامهال فنقول هذه الاوامر مطلقة وهي لا تقتضي الفور فيجوز التاخير على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رض وقول المص وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ليس بجيد اذ يقتضي كراهة الامهال ثلاثة ايام وهو خلاف المذهب ويخالف ما ذكرنا من ان الامر المطلق لا يقتضي الفور الا اذا خيف الفوات فان قيل لا نسلم ان الاوامر المذكورة مطلقة بل مقيدة للعموم للفاء في قوله فاقتلوه لانها تفيد الوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة وهي فاء السبب فان قيل فتفيد الوصل باعتبار ان المعلول لا يتاخر عن العلة قلنا المعلول هو الحكم الشرعي وهو ايجاب قتله لم يتاخر عن علته المشير له وهو كفره واما ايجاب الامتثال على الفور فشيء آخر فلا فرق في وجوب قتل المرتدين كون المرتد حرا او عبدا وان كان تضمين قتله ابطال حق المولى بالاجماع واطلاق الدلائل التي ذكرناها وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود وقيل هو ان يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وانا بري من كل دين غير دين الاسلام قيل لكن هذا بعد ان ياتي بالشهادتين والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قال الائمة الثلاثة ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود وفي شرح الطحاوي سئل ابو يوسف رح عن الرجل كيف يسلم فقال يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء به من عند الله ويتبرأ عن الدين الذي انتحله وان قال اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله وقال لم ادخل في هذا الدين قط وانا بري منه اي من الدين الذي ارتد اليه فهي توبة انتهى وقوله قط يريد به معنى ابدا لان قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل وفي شرح الطحاوي اسلام النصراني ان يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودي كذلك يتبرأ من اليهودية وكذا في كل ملة واما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لانهم يقولون بذلك غير انهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق انه رسول الله ولا يتم الاسلام به

قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل وقال الشافعي رح تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركه في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد

هذا فيمن بين اظهرنا منهم واما من في دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله فهو مسلم او قال دخلت في دين الاسلام او في دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه فكيف اذا اتى بالشهادتين لان في ذلك الوقت ضيقا من قوله هذا انما اراد به الاسلام الذي يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه ولو ارتد بعد اسلامه ثانيا قبلنا توبته ايضا وكذا ثالثا ورابعا الا ان الكرخي رح قال فان عاد بعد الثالثة يقتل ان لم يتب في الحال ولا يؤجل فان تاب ضربه ضربا وجيعا لا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلي سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك ابدا ما دام يرجع الى الاسلام قال الكرخي رح هذا قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا وما ذكر الكرخي رح مروي في النوادر قال اذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس الى ان تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لاطلاق قوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة وآتوا الزكوة فخلوا سبيلهم وعن عمر رض وعلي رض لا تقبل توبة من كرر ردته كالزنديق وهو قول مالك رح واحمد والليث رح لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا الآية قلنا رتب عدم المغفرة على شرط قوله ثم ازدادوا كفرا وفي الدراية قال في الزنديق لنا روايتان في رواية لا تقبل توبته كقول مالك رح واحمد رح وفي رواية تقبل كقول الشافعي رح وهذا في حق احكام الدنيا اما فيما بينه وبين الله عز وجل اذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلا خلاف وعن ابي يوسف رح لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة فسره بان ينتظر فاذا اظهر كلمة الكفر قتل قبل ان يستتاب لانه ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز **قوله** فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه او قطع عضوا منه كره ذلك ولا شيء على القاتل والقاطع لان الكفر مبيح وكل جناية على المرتد هدر ومعنى الكراهة هنا ترك مستحب فهي كراهة تنزيه وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم وفي شرح الطحاوي اذا فعل ذلك اي القتل والقطع بغير اذن الامام ادب **قوله** واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس ابدا حتى تسلم او تموت ولو قتلها قاتل لا شيء عليه لا حرة كانت او امة ذكره في المبسوط ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية ويروى عن ابي حنيفة رح انها تضرب في كل ايام وقدره بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثون سوطا الى ان تموت او تسلم ولم يخصه بحرة ولا امة وهذا قتل معنى لان موالاة الضرب يفضي اليه ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود انه لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد السابق كيلا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الامة تدفع الى مولاها فيجعل حبسها بيت السيد سواء طلب ذلك هو ام لا في الصحيح ويتولى هو جبرها قال المص جمعا بين الحقين يعني حق الله وحق السيد في الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف العبد المرتد فانه لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى ليمكن استخدامه ولا تسترق الحرة المرتدة ما دامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق اذا سبيت وعن ابي حنيفة رح في النوادر تسترق في دار الاسلام ايضا قيل ولو افتي بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السيئ بالردة من اثبات الفرقة وينبغي ان يشتريها الزوج من الامام او يهبها الامام له اذا كان مصرفا لانها صارت بالردة فيئا للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتد ضرر قصدها عليها قيل وفي البلاد التي استولى عليها التتر واجروا احكامهم فيها ويقول للمسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة الى ان يشتريها من الامام وقد افتى الدبوسي والصفار واهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها وغيرهم مشوا في الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضيخان للفتوى وعند الائمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المص على خلاف الشافعي رح قال لما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث في صحيح البخاري وغيره قال ولان ردة الرجل مبيحة

وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين وتروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام **قال** ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب فهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل هذا العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه

للقتل من حيث انها جناية متغلظة هي جناية الكفر وجناية المرأة تشاركها فيها فيشاركها في موجبها وهو القتل ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء كما مر من الحديث الصحيح وهذا مطلق يعم الكافرة اصليا وعارضا وثبت تعليله عليه الصلوة والسلام بالعلة المنصوصة كما قدمناه في الحديث من عدم حرابها فكان مخصصا لعموم ما رواه بعد ان عمومه مخصص بمن بدل من الكفر الى الاسلام وما ذكر المصنف من المعنى بعد هذا زيادة بيان وهو ان الاصل في الاجزية ان يتأخر الى دار الجزاء وهي الدار الآخرة فانها الموضوعة للاجزية على الاعمال الموضوعة هذه الدار لها فهذه دار اعمال وتلك دار اجزائها وكل جزاء شرع في هذه الدار ما هو الا لمصالح تعود الينا في هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والاعراض والعقول والانساب والاموال فكذا يجب القتل بالردة ان يكون لدفع شر حرابه لا جزاء على فعل الكفر لان جزاءه اعظم من ذلك عند الله تعالى فيختص بمن يتأتى منه الحرب وهو الرجل ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وعلله بانها لم تكن تقاتل على ما صح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات رأي وتبع تقتل لا لردتها بل لانها حينئذ تسعى في الارض بالفساد وانما حبست لانها امتنعت عن اداء حق الله تعالى بعد ان اقرت به فتحبس كما في حقوق العباد وقد روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن تحبس ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه وفي رواية محمد قال بلغنا عن ابن عباس رضه قال اذا ارتدت المرأة عن الاسلام حبست واما ما رواه الدارقطني عن جابر عن ام مروان يقال لها ام مروان ارتدت عن الاسلام فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان يعرض عليها الاسلام فان رجعت والا قتلت فمضعف بمعمر بن بكار واخرجه ايضا من طريق آخر عن جابر رض ولم يسم المرأة وزاد فعرض عليها فابت ان تسلم فقتلت وهو ضعيف بعبد الله بن اذينة قال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به بحال وقال الدارقطني في المؤتلف والمختلف انه متروك ورواه ابن عدي في الكامل قال عبد الله بن عطاء دان اذينة منكر الحديث وروى حديث آخر عن عائشة رض ارتدت امرأة يوم احد فامر عليه الصلوة والسلام ان تستتاب فان تابت والا قتلت وفي سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه يضع الحديث مع انها معارضة باحاديث آخر مثلها وامثل منها ما اخرجه الدارقطني عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة اذا ارتدت وفيه عبد الله بن عيسى الجزري قال الدارقطني كذاب يضع الحديث واخرج ابن عدي في الكامل عن ابي هريرة رض ان امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها وضعفه بحفص بن سليمان قال ابن عدي عامة ما يرويه غير محفوظ واخرج الطبراني في معجمه ثنا الحسن بن اسحق التستري ثنا هرمز بن معلى ثنا محمد بن سلمة الفزاري عن مكحول عن ابي طلحة اليعمري عن ابي ثعلبة الخشني عن معاذ بن جبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه الى اليمن ايما رجل ارتد عن الاسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وايما امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وان ابت فاستتبها ولو تقدم رواية عن ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين عن ابن عباس رض فيما اسند الدارقطني عن ابن معين انه قال كان الثوري يعيب على ابي حنيفة رح حديثا كان يرويه عن عاصم عن ابي رزين لم يروه غير ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين مدفوع بانه اخرجه الدارقطني عن ابي مالك الجنبي عن عاصم به فزال انفراد ابي حنيفة رح الذي ادعاه الثوري وروى عبد الرزاق عن عمر رض انه في امرأة ولد تنصرت ان تباع في ارض ذات مؤنة عليها ولا تباع في اهل دينها فبيعت في دومة الجندل من غير اهل دينها واخرج الدارقطني عن علي رض المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاس **قوله** ويزول ملك المرتد عن املاكه زوالا مراعى الخ

قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح كلاهما لورثته وقال الشافعي رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة رح انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده

موقوفا غير بات في الحال فان اسلم عادت امواله على حالها الاول وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه استقر امره فعمل السبب وهو كونه كافرا حربيا عمله مستندا الى وقت الردة كالمشتري بشرط الخيار يثبت ملكه عند الاجازة مستندا الى وقت البيع وجعله كخيار المجلس عند الشافعي رح تقتضي انه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع في الهبة وبه صرح بعض الشارحين ورد عليه ان لا معنى للزوال المراعا والموقوف لانه اما ان يزول او لا فاجاب بانه يزول ثم يعود بالاسلام وهذا ليس واقعا والا لم يستند الى ما قبله كالملك الراجع بالرجوع قالوا اي المشائخ هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه والاصح من قول الشافعي رح مثل قوله وبه قال مالك رح واحمد رح في رواية وقولهما قول آخر للشافعي رح ووجهه انه مكلف محتاج ولا يتمكن من اقامة التكليف الا بماله واثر الردة في اباحة دمه لا في زوال ملكه فما لم يقتل تبقى ملكه وصار كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص لا يزول ملكه ما لم يقتل ببقاء ملكه ولابي حنيفة رح انه كافر حربي مقهور تحت ايدينا الى ان يقتل والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف في المال ولا يكون ذلك الا بالعصمة وكونه حربيا يوجب زوال ملكه ومالكيته ومقتضى هذا ان يزول في الحال على البتات الا انه يدعوا الى الاسلام ويرجى عوده اليه لانه كان ممن دخله وعرف محاسنه والنفس سبيل التدحفظه غلبا الى الجنة بمنه وكرمه فالغالب على الظن عوده الى الاسلام فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وهو زوال الملك وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب عمله وان ثبت منه احد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى ان الحرابة لا توجب انتفاء الملك بل زوال العصمة فان الحربي يملك غير ان مملوكه لا عصمة له فاذا استولى عليه زال ملكه فيكون المرتد حربيا فصار ما يقتضي زوال عصمة نفسه وماله تبعا وهو لا ينفي قيام الملك في الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستندا ولهذا زاد قوله مقهورا تحت ايدينا فيكون ماله مستولى عليه واعلم ان حقيقة المراد بالردة يزول ملكه زوالا باتا فان استمر حتى مات حقيقة او حكما باللحاق استمر الزوال الثابت من وقت الردة فان عاد عاد الملك وهما يريان الحكم بالزوال لان الساقط لا يعود فيقول ابو حنيفة رح ان الردة لما اقتضت الزوال ولا اجماع على انه ان عاد وماله قائم كان احق به وجب ان يعمل لهما فنقول بالردة يزول ثم بالعود يعود شرعا هذا وبعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه قال الشيخ ابو نصر البغدادي ان ابا يوسف رح جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فيصير تبرعاته من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فيعتبر من الثلث ووجه قول محمد رح انه في معرض التلف فهو اسوا من المريض حالا وابو يوسف رح يمنعه ويقول المرتد يتمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض غير قادر عليه

قوله وان مات او قتل على ردته او حكم بلحاقه انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا لجماعة المسلمين يوضع في بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا الكسبين لورثته وقال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر اجماعا فيبقى مال حربي لا امان له لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه من انه مكلف محتاج الخ فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم وهذا لا ينتهض على الشافعي رح الا اذا بين كيفية الاستناد وهو ان يقال ان اخذ المسلم اذا لم يكن له ارث بطريق الوراثة وهو يوجب الحكم باستناده شرعا الى ما قبيل ردته والا كان توريث الكافر من المسلم ومحمل الحديث الكافر الاصلي الذي لم يسبق له اسلام او نقول استحقاق المسلمين بسبب الاسلام والورثة تساووا المسلمين في ذلك وترجحوا بجهة القرابة وكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالاخ الشقيق مع الاخ للاب قال الله تعالى افمن كان ميتا فاحييناه ولابي حنيفة رح ما قالاه في جهة التوريث الا انه انما يمكن في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة وهو الموت

ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته فى رواية عن ابى حنيفة رح اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه

من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث

عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض

وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على ردته وهى فى العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة

فيستند الارث الى ما قبله وقد قلت ان بمجرد ردته زال ملكه فما اكتسبه بعد الردة لا يقع مملوكا له فلا يمكن استنادا والتوريث فيه الى ما قبل موته الحكمى اعنى الردة لانما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر ان الاختلاف بينه وبينهما فى توريث كسب الردة مبنى على الحكم الخلافى المتقدم وهو ان المرتد تزول املاكه بالردة المستمرة على ما حققنا عنده وعندهما لا يزول حتى يتحقق الموت الحقيقى او الحكمى باللحاق واذا كان كذلك فما اكتسبه فى زمن الردة يكون مملوكا له ثم اذا تحقق الموت وقلنا بوجوب ارثهم اياه والغرض انه مال مملوك فلا بد من ارثهم له ارثهم ثم يستند على ستناده الى ما قبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبار كسبه ما اكتسب فى زمن الردة موجودا قبلها حكما لوجود سببه وهو نفس المرتد وان كان معدوما حسا **قوله** ثم انما يرثه من كان وارثا حالة الردة بان كان حرا مسلما وبقى كذلك الى وقت موته او لحاقه فى رواية عن ابى حنيفة رح رواها عنه الحسن بن زياد وهذا الاعتبار الاستناد فى الارث فان المستند لا بد ان يثبت اولا ثم يستند فيجب ان يصادق عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الارث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده حتى لو اسلم بعض قرابته او ولد من علوق حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية وعنه انه يرثه ما كان وارثا عند الردة فقط من غير اشتراط بقائه بالصفة الى الموت وهذه رواية عن ابى يوسف رح عنه فلا يبطل استحقاقه اى استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض موت ذلك الوارث بان اوردته بعد ردة ابيه بل اذا مات او ارتد تخلفه وارثه وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية قول الكرخى رح لان الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها لاستحقاق الميراث وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت واللحاق وهى رواية محمد رح عنه قال فى المبسوط وهذا اصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده الا ترى ان الولد الذى يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد فى انه يصير معقودا عليه ويكون له حصة من الثمن الا انها غير مضمونة حتى لو هلك فى يد البائع قبل القبض بغير فعل احد هلك بغير شئ وبقى الثمن كله على البائع فلو كان من بحيث يرثه كافرا او عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل ان يموت او يلحق او اسلم ورثه وهو قول ابى يوسف رح ومحمد رح الا ان الكرخى رح حكى بينهما خلافا فى اللحاق فعند ابى يوسف رح يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللحاق وعند محمد رح يوم اللحاق لا الحكم وجه ابى يوسف رح ان العارض يعنى الردة ثبت وزواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء وجه محمد رح ان باللحاق تزول العصمة والامان والذمة فى حق المستأمن والذمى فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فيؤدى الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال اداء الكتابة وجوابه من قبل ابى يوسف رح ان اللحاق ليس حقيقة الموت المايوس عن ارتفاعه ليثبت الحكم به بالاقتضاء بل فى حكمه لانقطاع ولايتنا عنه واحكامنا فلا يثبت به احكام الموت قبل ان يتاكد وذلك بالحكم به **قوله** وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل او لحق بدار الحرب وهى فى العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة وهذا لان الردة لما كانت سبب الموت وهى باختياره اشبهت الطلاق البائن فى مرض الموت وهو يوجب الارث اذا مات وهى فى العدة لانه فار ولو كان وقت الردة مريضا فلا اشكال فى ارثها وقد يقال ان كون الردة تشبه الطلاق فمساره ان يحيل بالردة كانه طلقها والغرض صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار والتحقيق ان يقال ان الردة كانه مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو باصراره على الكفر مختارا فى الاصرار الذى هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق فى مرض الموت ثم يموت قتلا او حتف انفه او باللحاق فيثبت حكم الفرار وروى ابو يوسف رح عن ابى حنيفة رح انه ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثته عند ردته وبه قال ابو يوسف رح وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقيق بصفة الوارث حالة الردة فقط وهى رواية ابى يوسف رح وما فى الكتاب على رواية الحسن من اعتبار

والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لايرثها لانها لاتقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد **قال** وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه صار مرتدا باللحاق من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لايستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلابد من القضاء واذا تقرر موته ثبت الاحكام المتعلقة وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رح لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف

وبقائه بالصفة الى الموت او على رواية اعتباره وقت موته فقط هذا واشتراط قيام العدة يقتضي انها موطوءة ولا ترث غير المدخولة فهو كذلك وذلك لان بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا الى عدة فتصير اجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما تعتد فيها بالحيض لا الاشهر لم يتمحض سببا للارث اذا لم يكن عند موت الزوج او لحاقه اثر من آثار النكاح لان الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت وهذا ايضا الاثر العدة قوله والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها اذ المرأة لاحراب منها سواء كانت كافرة اصلية او صارت كافرة فلم يوجد سبب الفيء وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسبي اسلامها وردتها على ملكها فيرثها ورثتها بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح فان كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال او في المآل باللحاق فلا يملكه لكونه مال حربي مقهور تحت ايدينا فلا يورث **قوله** ويرثها زوجها المسلم اذا كانت ارتدت وهي مريضة فماتت من ذلك المرض او لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ما تعلق حقه بمالها بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهي صحيحة فانها بردتها هذه لم تبطل له حقا متعلقا بمالها وهذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها في مرضها كطلاقه في مرضه وردتها في صحتها كطلاقه في صحته وبه لايكون فارا اذا عرض له موت وهي في العدة بخلاف ما قررنا في جانب الرجل فان بردته في صحته ترث اذا عرض له موت فلو جعلت ردته كطلاقه بائنا كان مطلقا في صحته وعروض الموت للمطلق في صحته لايوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا ردته لمباشرته بسبب مرض موته ثم بالردة جعل مطلقا في مرضه واذا مات ثبت حكم الفرار **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتدا او حكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده

حاشية وحلت ديونه المؤجلة ونقل ما اكتسبه في دار الاسلام الى ورثته المسلمين باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسبه في ايام ردته على قولهما كما ولا يفعل شيء من ذلك ما كان مقيما في دار الاسلام واما ما اوصى به في حال اسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره انها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلاف فيه وذكر الولوالجي ان الاطلاق قوله وقولهما ان الوصية بغير القربة لاتبطل لان للبقاء الوصية حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما تصح وعند ابي حنيفة رح تتوقف فكذا هنا قيل واراد بالوصية بغير القربة الوصية للنائحة وللمغنية وقال الطحاوي لايبطل منها ما يصح الرجوع عنه وحمل اطلاق محمد رح لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها ووجه البطلان مطلقا ان تنفيذ الوصية بحق الميت ولاحق له بعد ما قتل على الردة او لحقه بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير لان حق العتق ثبت للمدبر وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرنا آنفا وقال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح يبقى ماله موقوفا ويحفظه الحاكم الى ان يظهر موته ثمة او يعود مسلما فيأخذه لانه اي اللحاق نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام وهذا لان الدار عندهم واحدة ولنا ان باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الزام احكامه عنهم كما هي منقطعة عن الموتى بخلاف الغيبة في بلد اخرى من دار الاسلام فان احكام الاسلام وولاية الزامنا ثابتة فيها فلا يلحق بذلك واذا صار اللحاق كالموت لانه حقيقة الموت لايستقر حتى يقضي به سابقا على القضاء لشيء من هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لان القضاء لشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الاحكام المذكورة ولكونها كالموت قلنا فاذا لحقت الحربية فلزوجها ان يتزوج باختها قبل انقضاء عدتها ولانه لاعدة على الحربية من المسلم لان في العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له ولو سبيت او عادت مسلمة لم يضر نكاح اختها لان العدة بعد ان سقطت لاتعود

وتُقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمته في حال ردته من الديون تقضى مما اكتسبه في حال ردته قال العبد الضعيف عصمه الله هذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يُقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب له الدين فيُقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة ليكون الغُرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يُقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يُقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما والله اعلم **قال** وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او رهنه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم

ثم المعتبر في كون الوارث وارثا عند اللحاق في قول محمد رحمه الله لانه السبب والقضاء انما لزم لتقرره ولقطع الاحتمال اي احتمال عوده اي اللحاق لا يوجب احكام الموت الا اذا كان امرا مستقرا وهو امر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر وعند ابي يوسف رحمه الله يعتبر كونه وارثا وقت القضاء حتى لو كان من يحدث يرث وقت الردة كافرا او عبدا او وقت القضاء مسلما معتقا ورث عند ابي يوسف رحمه الله لا عند محمد رحمه الله وهذا لانه اي اللحاق انما يصير موتا بالقضاء لانه بمجرده غيبة فتقررها بالقضاء به ويتقرره يصير موتا والارث يعتبر عند الموت وقد منا تمام وجهي القولين والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف في المرتد وعلى الاحكام التي ذكرناها من عتق مدبرها وحلول ديونها **قوله** وتقضى ديونه التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وديونه التي لزمته في حال ردته وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام شيء ورثته الورثة والا لا يورثون شيئا ولو فضل عن ديون الردة شيء من كسب الردة عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يورث لانه لا يورث كسب الردة قال المصنف رحمه الله وهذا التفصيل المذكور رواية عن ابي حنيفة رحمه الله قيل رواها زفر رحمه الله عنه ولم ينسب الكرخي رحمه الله هذه الى ابي حنيفة رحمه الله بل قال وقال زفر رحمه الله والحسن رحمه الله ما لحقه في حال الاسلام الخ وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فيقضى منه الديتان جميعا فان وفى فكسب الردة فيء لجماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئا في هذه الصورة الا ان يفضل عن كسب الاسلام شيء عن الدينين فان لم يف كمل من كسب الردة وهي رواية الحسن بن زياد عنه وعنه عكسه وهو انه يقضى الدينان جميعا من كسب الردة فان وفى بالديون ورثت الورثة كسب الاسلام كله وان لم يف كمل من كسب الاسلام وورثت الورثة ما فضل ان فضل شيء وهذه رواية ابي يوسف رحمه الله عنه وجه الاول وهو التفصيل ان المستحق بالسببين وهو دين الاسلام ودين الردة مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني وهو رواية الحسن ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه فيه الوارث ومن شرط هذه الخلافة الفراغ من حق المورث وهو مقدار ما عليه من الدين فيتقدم الدين مطلقا عليه اما كسب الردة فليس مملوكا لبطلان اهلية الملك بالردة عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه فان قيل كيف يقضى منه وهو فيء عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين اجاب فقال لا بعد في هذا فان الذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه اولا وما فضل يكون للمسلمين فكذلك ههنا قال في المبسوط وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام وجه الثالث وهو رواية ابي يوسف رحمه الله ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه بمعنى انه ما تعلق به حق الغير كما يتعلق في مال المريض الا فهو قد ذكر انه ملك بزوال غير انه لا يلزم من كونه خالص حقه لديته انه ملكه الا ترى ان كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكه واذا كان خالص حقه كان قضاء دينه منه اولى الا انه لم يف فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه قال في المبسوط وعلى هذا القول عند الرهن وقضاء الدين فاذا قضى دينه من كسب الردة او رهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله فهذه ثلاث روايات عن ابي حنيفة رحمه الله ولو لم يكن له مال الا ما اكتسبه في حال ردته قضي منه قال ابو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله تقضى ديونه من الكسبين جميعا لانهما ملكه عندهما حتى يجري فيهما الارث **قوله** وما باعه المرتد او اشتراه او اعتقه او رهنه الى آخره وقال المصنف رحمه الله اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك في الاستيلاد ولا الى تمام الولاية في الطلاق فان الاستيلاد يصح في جارية الابن وحق المرتد في ماله اقوى من حق الاب في جارية ابنه وكذا يصح دعوة السيد ابن امته مكاتبة وحق المرتد في ماله اقوى من حق المولى في كسب المكاتب لان المال

ومختلف فی توقفه وھو ما عددناه لھما ان الصحة تعتمد الاھلیة والنفاذ یعتمد الملك ولا خفاء فی وجود الاھلیة لکونه مخاطبا وکذا الملك لقیامه قبل موته علی ما قررناه من قبل ولھذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشھر من امرأة مسلمة یرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل القتل لا یرثه فیصح تصرفاته قبل الموت الا ان عند ابی یوسف رحمه الله تصح کما تصح من الصحیح لان الظاھر عوده الی الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا یقتل وصار کالمرتدة وعند محمد رحمه الله تصح کما تصح من المریض لان من انتحل الی نحلة لا سیما معرضا عما نشأ علیه قلما یترکه فیفضی الی القتل ظاھرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابی حنیفة رحمه الله انه حربی مقھور تحت ایدینا علی ما قررناه فی توقف الملك وتوقف التصرفات بناء علیه وصار کالحربی یدخل دارنا بغیر امان فیؤخذ ویقھر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله وکذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة فی الفصلین فاوجب خللا فی الاھلیة بخلاف الزانی وقاتل العمد لان الاستحقاق فی ذلك جزاء علی الجنایة وبخلاف المرأة لانھا لیست حربیة ولھذا لا تقتل

موقوف علی حکم ملکه حتی اذا اسلم کان له بلا سبب جدید ولا ملک للاب والمولی فیھا والطلاق یقع من العبد مع قصور ولایته فانه لا ولایة له علی نفسه واورد علیه ان بالردة تحققت الفرقة فکیف یقع الطلاق اجیب بانه لا یلزم من وقوع البینونة امتناع الطلاق فقد سلف ان المبانة یلحقھا صریح الطلاق ما دامت فی العدة وصرح فی المحیط بان الفرقة بالردة من قبیل الفرقة التی یلحقھا الطلاق مع ان الردة لا یلزمھا الفرقة کما لو ارتدا معا ومن ھذا القسم تسلیم الشفعة وقبول الھبة والحجر علی عبده الماذون لانھا لا تبنی علی حقیقة الملک وباطل بالاتفاق کالنکاح والذبیحة لانھا تعتمد الملة ولا ملة له لانه غیر مقر علی ما انتقل الیه من دین سماوی او غیره کالشرک فھو بمنزلة من لا ملة له وھذا حاصل ما فسر به المراد بین من ان المراد الملة التی یدینون بھا کالنکاح التوارث والتناسل والمرتد لا یتحقق فی نکاحه من ذلک لانه لا یقر حتما ومن ھذا القسم ارثه واما الارث منه فقد تقدم انه ثابت لورثته المسلمین وموقوف بالاتفاق کالمفاوضة مع المسلم لانھا تعتمد المساوات بین الشریکین ولا مساوات بین المسلم والمرتد فیتوقف عقد المفاوضة فان اسلم نفذت وان مات او قتل او قضی بلحاقه بطلت بالاتفاق لکن یصیر عنانا عندھما وعند ابی حنیفة رحمه الله تبطل اصلا لان فی العنان وکالة وھی موقوفة عنده قوله ومختلف فی توقفه وھو ما عددناه من بیعه وشرائه وعتقه ورھنه ومنه الکتابة وقبض الدیون والاجارة والوصیة عنده ھی موقوفة ان اسلم نفذت وان مات او لحق او قتل بطلت لھما ان الصحة للمعاملات التی ذکرنا تعتمد الاھلیة ولا خفاء لھا والنفاذ یعتمد الملک فی وجود الاھلیة لکونه مخاطبا بالایمان وکذا قتله فرع کونه مکلفا وکذا ملکه لقیامه قبل موته علی ما قررناه یعنی من قوله مکلف محتاج الخ ومما یوضح کون ملک المرتد باقیا انه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة او امة مسلمة لستة اشھر فصاعدا ورثه فلو کان ملکه زائلا لم یرثه ھذا الولد ولو ان ولده قبل الردة مات بعد ما قبل موته ولحاقه لا یرث واذا کان ملکه قائما واھلیته نفذت تصرفاته عندھما الا ان عند ابی یوسف رحمه الله یصح کما یصح من الصحیح فی جمیع المال لان الظاھر عوده الی الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا یقتل فلا یکون کالمریض وعند محمد رحمه الله یصح من الثلث کما یصح من المریض لان من انتحل نحلة لا سیما اذا کان بھا معرضا عما نشأ علیه فلما ترکه فکان بذلک علی شرف الھلاک کالمریض مرض الموت الا ان ابا یوسف رحمه الله یقول یمکنه دفع القتل عنه والموت علی ذلک بتجدید الاسلام بخلاف المریض ولابی حنیفة رحمه الله انه حربی مقھور تحت ایدینا علی ما قررناه فی توقف الملک ای عوده لما حرنا من ان المراد انه یزول ملکه ثم یعود بعوده الی الاسلام من انه حربی مقھور نفسه وماله تحت ایدینا وتوقف التصرفات بناء علیه فان التصرفات الشرعیة المذکورة توجب املاکا لمن قامت به وزوال املاک مثلا البیع یوجب ان یملک المبیع وان یخرج من ملکه الثمن وفی الاجارة لکن والغرض ان لیس مع الردة ملک فامتنع افادة ھذه التصرفات احکامھا فی الحال فان اسلم افادته حین وقعت وھذا معنی التوقف فصار المرتد کالحربی یدخل دارنا بلا امان فیؤخذ ای یؤسر فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله حیث کان للامام الخیار بین استرقاقه وقتله فان قتل واسترق لم ینفذ منه ھذا او اسلم لم یؤخذ له مال فکذا المرتد وقوله واستحقاق الخ جواب عما یقال المرتد یجب ان یکون کالمقضی علیه بالقصاص والرجم لانه مقھور تحت ایدینا للقتل عینا خصوصا فانه لا یمکن له حالة غیر القتل بخلاف المرتد فان غیر القتل محتمل فی حقه لاحتمال اسلامه ومع ذلک لا یزول ملک واحد منھما عن ماله وتصرفاتھما نافذة فاجاب بالفرق بان استحقاق القتل فی الفصلین ای الحربی والمرتد لبطلان العصمة بانتفاء سببھا وھو الاسلام فاوجب خللا فی الاھلیة بخلاف الزانی والقاتل عمدا لان استحقاق القتل بذلک لسبب ھو جزاء علی الجنایة مع بقاء سبب العصمة الا وھو الاسلام فیبقی مالکا حقیقة لعصمة ماله لقیام سببھا ولھذا لو قتل القاتل غیر ولی القصاص قتل به انما یقتل کل منھما من حقوق تلک العصمة بخلاف المرتد لانھا لیست حربیة ولھذا لا تقتل قال المصنف الا ان لا یحسن لان المرتد لا یقبل الرق والقھر یکون حقیقیا لا حکمیا والملک یبطل بالقھر

فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلماً احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلماً قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلماً لما ذكرنا واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام ولده والولد حر وهو ابنه لا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد يتبعه لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لانها خيرهما ديناً والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد

بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان رجع ثم اخذه او لحق بدار الحرب فظهر على ذلك المال فهو فيء الوارث قبل القسمة رد عليه بغير شيء ولنا انتقل الى الورثة بقضاء القاضي بلحاقه كان الوارث خلفاً [illegible]

الحكمي لا الحقيقي ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضي عليه بالرجم وحاصل مراده ان المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند ابي حنيفة رح بل نقول انما اوجب الاسترقاق ذلك في الاصل للقهر الكائن بسبب حرابته وهو موجود في المرتد فيثبت فيه ذلك بطريق الاولى لان الرق يتصور معه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد

قوله وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه نقداً او عرضاً اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه بالموت المحكوم به واذا عاد مسلماً فقد احياه الله تعالى حيوة جديدة ولذا قلنا في المرتدة المتزوجة اذا لحقت وعادت مسلمة عن قريب تتزوج عن ساعتها لانها فارغة عن النكاح والعدة كانها ميتة لان قال الله تعالى افمن كان ميتاً فاحييناه فاذا احيي احتاج اليه فيقدم على الوارث وعلى هذا لو احيي الله سبحانه ميتاً حقيقة واعاده الى دار الدنيا كان له اخذ ما في يد ورثته بخلاف ما ازاله الوارث عن ملكه سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع او هبة او لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فانه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لا يعودون في الرق لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح له وهو اللحاق مرتداً لانه كالموت الحقيقي فنفذ والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان وولاؤهم لمولاهم اعني المرتد الذي عاد مسلماً هذا اذا جاء مسلماً بعد الحكم باللحاق فلو جاء مسلماً قبل الحكم باللحاق فكانه لم يزل مسلماً كانه لم يرتد قط لما ذكرنا من انه لا يستقر لحاقه الا بالقضاء وما لم يستقر لا يورث فتكون امهات اولاده ومدبروه على حالهم ابقاء وما كان عليه من الديون المؤجلة لا تحل بل تكون الى اجلها لعدم تقرر الموت وصار كالعبد اذا ابق بعد البيع قبل القبض ثم عاد ان كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ وان عاد قبله جعل الابق كان لم يكن قوله واذا وطئ المرتد جارية نصرانية

او يهودية كانت له في حال الاسلام فجاءت بولد لستة اشهر او اكثر ولو الى عشر سنين منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ويثبت لامه حق امومية الولد ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورث الابن وان مات المرتد على ردته او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد من المرتد فلما قلنا انه لا يفتقر الى حقيقة الملك حتى صح استيلاد الاب جارية الابن والعبد الماذون جارية من تجارته ذكره ابو الليث رح في شرح الجامع الصغير واما انه لا ترثه فلان الام اذا كانت يهودية او نصرانية يجعل الولد تبعاً للمرتد لا للامة لقرب المرتد الى الاسلام للجبر عليه والظاهر انه لا يؤثر القتل على العود فصار الولد في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد ولا غيره واما اذا كانت الامة مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها وانما يجعل تبعاً لها لانها خيرهما ديناً والمسلم يرث المرتد ولا يقال لم لم يجعل تبعاً للدار فيما اذا كانت الام نصرانية لانه انما يجعل تبعاً للدار اذا لم يكن معه احد ابويه بان يسبي وليس معه احدهما او يلتقط في دار الاسلام ولا يظن ان هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلماً مع وجودهما لان الحكم باسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لانه كان حين ولد مسلماً فليبقى على ما كان بخلاف مسئلة الكتاب لانه لم يبق للولد حكم الاسلام اذ لم يوجد في زمن اسلامهما وتقييد المسئلة بما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعداً احترازاً عما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فانه يرثه اذا مات او لحق او قتل على ردته وذلك للتيقن لحصول العلوق في حال اسلام ابيه المرتد فكان الولد مسلماً والمسلم يرث المرتد وفي الفوائد الظهيرية ما ذكر في الكتاب ان الارث يستند الى حالة الاسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردة يضعف بهذه المسئلة لان الولد يعني ولد الامة المسلمة هنا لم يكن موجوداً حال الاسلام ومع هذا يرث فعلم ان الصحيح ما رواه محمد رح عن ابي حنيفة رح ان من كان وارثاً عند موته سواء كان موجوداً وقت الردة او حدث بعدها انتهى وقد قدمنا انه مبني من قول شمس الائمة وعلى هذا فيكون تخصيصاً لقوله عليه الصلوة والسلام لا يرث المسلم الكافر بالكافر الاصلي الا انه يحتاج الى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة الاجماع على ارث المسلمين ماله اذا لم يكن له وارث لان ذلك لاسلامهم على ما قدمناه فارجع

واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالمكاتبة جائزة والكتابة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعل الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه واذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة ره وقالا الدية فيما اكتسبه في الاسلام والردة جميعاً لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان جميعاً ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثاً عنه والثاني فيئاً عنده واذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما الاول فلان السراية حلت محلاً غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثاني فهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضي بلحاقه لانه صار ميتاً تقديراً والموت يقطع السراية واسلامه حيوة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى فاذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى **قال** فان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وقال محمد ره في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم يتخلل الردة وهذا لانه معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب لثبوت الحكم وفي حال البقاء لثبوت الحكم وما بين ذلك حال بقاء الحكم فلا يعتبر قيام الملك في حال بقاء اليمين

اليه وهذا كله بناء على كونه اذا جاءت به لستة اشهر او اكثر يحكم بان العلوق بعد الردة والوجه انه متى جاءت به امته النصرانية لمدة يتصور العلوق فيها في حالة الاسلام يجب ان يعتبر العلوق فيها وهذا يمكن اذا جاءت به لاقل من سنتين من الحطة لانه احوط للحكم بالاسلام لانه على هذا الاعتبار يعلق مسلماً يرثه وان كان على خلاف المذهب كالذي جاءت به لاقل من ستة اشهر ان على هذا لو جاءت به لتمام سنتين فصاعداً لا يرث **قوله** واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على ذلك المال فهو فيء باجماع الائمة الاربعة وانما يخالف الائمة الثلاثة فيما في دار الاسلام من الباقي من ماله على ما تقدم انه عندهم محفوظ الى ان يظهر موته فيصير فيئاً ولا يشكل كون ماله فيئاً دون نفسه فان مشركي العرب كذلك وان لحق ثم رجع واخذ مالاً والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فحكم الورثة فيه حكم المالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكه وهو انهم ان وجدوه قبل القسمة رد عليهم وان وجدوه بعدها اخذوه بقيمته ان شاؤا ولو كان مثلياً فقد تقدم انه لا يؤخذ لعدم الفائدة ثم جواب هذا الكتاب اعني الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يفصل بين ان يكون عوده واخذه المال بعد القضاء بلحاقه او قبله اما اذا كان بعد القضاء باللحاق فظاهر لانه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر واحرزه بدار الحرب واما اذا عاد قبله فلان عوده واخذه ولحاقه ثانياً يرجح جانب عدم العود ويؤكده فيقرر موته وما احتيج الى القضاء باللحاق ليصير ورثته ميراثاً الا ليترجح عدم عوده فيتقرر موته فكان رجوعه واخذه ثم عوده ثانياً بمنزلة القضاء وفي بعض الروايات السير جعله فيئاً لان بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكاً للورثة والوجه ظاهر الرواية واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالكتابة جائزة خلافاً للائمة الثلاثة والولاء والمكاتبة اي بدل الكتابة للمرتد مسلماً لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ وهو القضاء بالعبد له ولا الى نقل الملك الى الاب لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فجعل كان الابن وكيلاً عنه فانه لما لحق بدار الحرب كان كانه سلط ابنه على التصرف في ماله وحقوق العقد ترجع الى الموكل في الوكالة بالكتابة والولاء لمن يقع العتق عنه فلذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلماً بخلاف ما اذا كان ادى بدل الكتابة الى الابن فان الولاء حينئذ يكون للابن **قوله** واذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال اسلامه خاصة عند ابي حنيفة ره وقالا في مال اكتسبه في الردة والاسلام اما ان الدية في ماله فلان العواقل لا تعقل المرتد لان تحميلهم العقل باعتبار نصرهم اياه التي بها يقوى الجاني ولا نصرة منهم للمرتد واما انه عنده في كسب الاسلام فقط فلانه لا ملك له عنده غيره وعندهما يملك الكل فيكون ما لزمه من الكل و على هذا اذا غصب مالاً فافسده يجب ضمانه في مال الاسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الاسلام واكتسب في الردة يهدر الجناية عند ابي حنيفة ره خلافاً لهما وقوله وماله المكتسب ماله مبتدأ والمكتسب خبره والاولى في مثله الاتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة الا انه تركه لان الاحتياج اليه لفساد المعنى على الصفة وجناية الامة والمكاتبة المرتدين كجنايتهم في غير الردة لان الملك فيهما قائم بعد الردة والمكاتب يملك اكتسابه في الردة فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر **قوله** واذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله تعالى ثم مات على ردته من ذلك القطع او لحق ثم جاء مسلماً او مات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة فيهما اما الاول وهو وجوب نصف الدية فيما اذا مات فلان القطع وان وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلاً حلت المحل بعد زوال عصمته فاهدرت اذ لو لم تهدر يجب القصاص في النفس للعمد وايضاً صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد واذا هدرت السراية وجب دية اليد لان هذا القدر وقع زمن العصمة واقل ما فيه دية بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك القطع فانه لا يجب الضمان اصلاً لان القطع وقع في وقت لا قيمة لها

واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابي حنيفة رح فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والكتابة لا يتوقف بالردة فكذا اكسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى

فيه وهو وقت الردة فكانت هدرا والمهدر لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر فقد يلحقه الاهدار بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو وجوب نصف الدية اذا لحق ثم عاد مسلما فمات من القطع قال المصنف رح ومعناه اذا قضى بلحاقه فانه صار ميتا تقديرا بالقضاء باللحاق والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى على انها قتل لانه ما ثبت سرايته بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفي ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة واما اذا لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلما فمات فهو على الخلاف الذي نبينه قال شمس الائمة الصحيح انه على الخلاف وقال فخر الاسلام لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذي نبينه ما يذكر من ان على قول محمد رح يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما يلي هذه وهي قوله وان لم يلحق اي المقطوع يده مسلما اذا ارتد ثم اسلم فمات من القطع من غير تخلل لحاق فعند ابي حنيفة رح وابي يوسف على القاطع دية كاملة استحسانا وعند محمد رح وزفر رح في جميع ذلك يعني الصور الاربع وهي ما اذا قطعت يده مسلما فارتد ومات على ردته او ارتد ثم اسلم بلا لحاق او ارتد ولحق بعد القضاء او قبله ثم عاد فاسلم نصف الدية قياسا ووجهه ان اعتراض الردة اهدر السراية حتى لو قتله قاتل لا شيء عليه فاذا اسلم بعد ذلك لا ينقلب بالاسلام الى الضمان من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يد مرتد او حربي فاسلم لا يجب على الفاعل شيء ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم لانه مسلم وتمت فيه لانه مسلم في الحالين فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة اهدر السراية وهذا لان تخللها كائن في حال البقاء فقط وانما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لان سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية الا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في ايجابها والواقع انه لا يعتبر بقاؤها في ذلك فانما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لانعقاده سببا وفي حال الموت فيثبت الحكم وهو الضمان وحالة البقاء بمعزل اذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى اذا قال لزوجته ان دخلت فانت طالق ثم ابانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا العبد ان فعلت فانت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب في ايجاب الزكوة المعتبر وجوده اول الحول لينعقد السبب وفي آخره ليثبت حكمه هذا اذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد فلو كان القاطع هو الذي ارتد ففي المبسوط فان قتل او مات المقطوع يده من القطع مسلما فان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند ايجابه كان مسلما وجناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين السراية ان جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطاء في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته احد **قوله** واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا في ايام ردته بقي بكتابته فاخذ بماله اي اسر وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه كتابته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا اذ الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة اولى واذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته واما عند ابي حنيفة رح فيشكل لانه لا يملكه كسب الردة اذا كان حرا وملكه اياه مكاتبا ووجهه ان المكاتب انما ملك اكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه في اكسابه ولا يتوقف فيقضي منها ويورث الباقي وقوله الا ترى الخ توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع الى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لان الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت احكامه فالاستدلال

وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما
ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الأول على الإسلام ولا يجبر
ولد الولد وعن الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجبر تبعا للجد وأصله التبعية في الإسلام وهي رابعة
أربعة مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والأخرى الوصية للقرابة

على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته وكان يكفيه فيه كون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فأولى أن لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة فإذا منع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب إذا مات عن وفاء واستدلال المصنف وجه آخر حاصله بدلالة حالة الرق فإنه لا يوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع أن الرق أقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فأولى أن لا يتوقف بسبب ردته والحاصل أن عقد الكتابة منع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب في دار الحرب لكونه في دار الإسلام وأورد عليه بأن كون أحدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم أنه لا يمنع إذا اجتمعا وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة فجاز أن ينتفي التصرف أجيب مرة بأن جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم الأبدي ليل ومرة بأن الكتابة مطلق التصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما وانضمام أحدهما إلى الآخر انضمام علة إلى أخرى فيما العلل بعلتين مستقلتين ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف في العلة قوله وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدها ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد على الإسلام قال الولوالجي فلا يقتل كولد المسلم إذا بلغ ولم يصف الإسلام يجبر عليه ولا يقتل ولا يجبر ولد الولد أما جبر الولد فلأنه يتبع أبويه أو أحدهما في الدين فيكون مسلما بإسلامهما ومرتدا بردتهما فلما كان مرتدا بردتهما جبر كما يجبران ثم إنما لم يقتل الولد لأنه لا يتبع حال بل ماه لقوله عليه الصلوة والسلام كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذين يهودانه الحديث أي يستتبعانه في ذلك وإنما لم يجعل تبعا لأبيه في الردة فيجبر مثله لأن ردة أبيه كانت تبعا والتبع لا يستتبع خصوصا وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لأنه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف أبيه وإذا لم يتبع الجد فيسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل لأن حكمه حينئذ حكم سائر أهل الحرب إذا أسروا أما الجد فيقتل لا محالة لأنه المرتد بالأصالة أو يسلم وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن ولد الولد يجبر على الإسلام تبعا للجد فيجعل مرتدا تبعا له قال المصنف وأصله التبعية في الإسلام يعني أصل الجبر على الإسلام تبعا للجد هو ثبوت الإسلام تبعا للجد وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعا للجد وفي رواية الحسن يكون تبعا أحدها هذه والثانية صدقة الفطر للولد الصغير إذا كان جده موسرا ولا أب له أو له أب معسر أو عبد لا يجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجب عليه والثالثة جر الولاء صورتها معتقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لأمه وولاؤه لمولى أمه فإذا أعتق جده لا يجر ولاء حافده إلى مواليه عن موالي أمه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجره كما لو أعتق أبوه والرابعة الوصية للقرابة لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالأب وتقييد الحبل بدار الحرب ليس بإخراج الحبل في دار الإسلام عن حكم المسئلة أعني جبر الولد بل لإفادة حكم الجبر فيما إذا حبلت في دار الإسلام وولدت في دار الحرب بطريق أولى لأنه إذا جبر مع أنه علق في دار الحرب وللدار جهة استتباع يقتضي أنه العبد عن الإسلام فلأن يجبر إذا علق في دار الإسلام على الإسلام أولى هذا إذا ولد لهما ولد بعد لحوقهما أما إذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لأن الولد الصغير صار مرتدا تبعا للأبوين وولد المرتد يصير فيئا بالسبي كما ذكر ولو صح لزم أنهما لو لم يلحقا به يكون مرتدا وليس كذلك على ما تقدم من أنه ثبت له حكم الإسلام فيبقى عليه إلا بزيل والأحسن ما في المبسوط من أنه خرج عن كونه مسلما باللحاق به فإن ثبوت حكم الإسلام للصغير باعتبار تبعية الأبوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيئا يجبر على الإسلام إذا بلغ كما تجبر الأم عليه فإن كان الأب ذهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام لم يكن الولد فيئا لأنه بقي مسلما تبعا لأمه فإن قيل كيف يتبعها بعد تباين الدارين قلنا تباين الدارين

قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رحمه الله ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رحمهما الله اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالي بشوبه ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رحمه الله لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فيها انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام

الاتباع في الاسلام ابتداء لا في البقاء ما كان ثابتا الا ترى ان الحربي لو اسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقي الولد مسلما حتى لو ظهر عليه لا يكون فيئا بخلاف ما لو اسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب ومرت بالمسلمتان وكذا اذا كانت الام مسلمة والولد معه في دار الحرب لان بالموت يتأكد الاسلام ولا ينقطع **قوله** وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة رضي الله عنه ومحمد رحمه الله اي يصح فلو مات له قريب مسلم بعد ردته لا يورث منه وبه كان يقول ابو يوسف رحمه الله ثم رجع وقال ليس بارتداد واسلامه اسلام باتفاق الثلاثة فلا يرث ابويه الكافرين ويرث اقاربه المسلمين ولا يفسخ نكاح المشركة له وتحل له المؤمنة وتبطل بالية الخمر والخنزير ونحو ذلك وعن ابن ابي مالك رضي الله عنه عن ابي يوسف رحمه الله ان ابا حنيفة رحمه الله رجع الى قول ابي يوسف رحمه الله وقال زفر رحمه الله والشافعي رحمه الله اسلامه ليس باسلام وردته ليس بارتداد لهما اي زفر رحمه الله والشافعي رحمه الله في عدم صحة اسلامه انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا للتنافي بين صفة الاصلية والتبعية لان الاولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه يصح تبعا لابويه فلا يجعل اصلا مستقلا به ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة من حرمان الارث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق ولنا فيه اي اسلامه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور اما افتخاره فمما نقل من قوله رضي الله عنه سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي واما ما عن الحسن انه اسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه احد عليه سوى رواية عن احمد رحمه الله لم تصح بل الصحيح عنه انه اسلم ابن ثمان سنين قال ابن الجوزي استقر الحال يبطل رواية الخمس عشرة سنة لانه اذا كان يوم البعث ثمان سنين فقد عاش معه ثلاثا وعشرين سنة وبقي بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقاربة الستين وهو الصحيح في مقدار عمره ثم اسند عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قتل علي رضي الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال فمتى قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين سنة ولم يقل احد واخرج البخاري في تاريخه عن عروة اسلم علي رضي الله عنه وهو ابن ثمان سنين واخرج الحاكم في المستدرك من طريق ابن اسحق انه اسلم وهو ابن عشر سنين واخرج ايضا عن ابن عباس رضي الله عنه دفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية الى علي رضي الله عنه يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه اسلم ابن سبع او ثمان سنين وما ذكر الثعلبي وغيره في اتفاق الاعمار من ان كلا من النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر رضي الله عنهما وعلي رضي الله عنه عاش ثلاثا وستين سنة يقتضي ان عمره حين اسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التنقيح ولانه عليه السلام عرض الاسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ وقد يقال لتصحيحه عليه الصلوة والسلام اسلامه ان اريد في احكام الآخرة فمسلم وكلامنا في تصحيحه في احكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث اقاربه الكبار ونحو ذلك ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صححه في حق هذه الاحكام بل في العبادات فانه كان يصلي معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صحت اسلامه امكن ان يصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد اورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرنا هو الوجه قيل ومن اقبح القبائح ان لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه الصلوة قيل والعجب من الشافعي رحمه الله كيف يصح اختياره لاحد ابويه عند الفرقة مع ظهور انه انما يختار من يطلق عنانه الى هوية من اللعب وغيره ولا يصح اختياره المقطوع بخيرية فان قيل هو غير مكلف قلنا انما يلزم ذلك ان لو قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن ابي منصور والمعتزلة ولا يقع مسقطا للواجب لكنا انما نختار انه يصح ليترتب عليه الاحكام الدنيوية والاخروية ثم اذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ اجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل بخلاف المسلم بالغا وعن احمد رحمه الله ومالك رحمه الله يقتل ان لم يعد الى الاسلام قال المصنف رحمه الله ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه والتصديق الباطني نحكم به الاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الاحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان قد اتى به فقد دخلت حقيقة الايمان قائمة به في الوجود فكيف يصح ان يقال لم تدخل ولم تتصف مع الدخول والاتصاف فان قال الايمان بالذي نفيه منه هو المعتبر فما دخل في الوجود لا نفيه ولكن

الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا

اقول لا يعتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة اما لعدم اهلية الصحة وهو منتف لانه جعل اهلا للنبوة كما في يحيى عليه السلام وهو فرع الايمان والاتفاق على اهليته للصلوة والصوم حتى يصحان منه ويثاب عليهما واما لعدم اهلية الوجود فيلزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفا واما لحاجر شرعي وهو منتف و لا يليق ان يثبت شرعا منع عن الايمان بالله سبحانه مع عقليته ومعرفته نعم مقتضى الدليل ان يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد الى التصديق والاقرار يسقط به ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوي به اسقاط الفرض كما انه لو كان هو الطب الصلوة قبيل البلوغ فيه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه منها الا ما قرنه بنية اداء الواجب امتثالا لكنهم اتفقوا على انه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ اما عند فخر الاسلام فلانه يثبت اصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدث العالم وعقليته دلالته دون وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكوة واما عند شمس الائمة فلا وجوب اصلا لعدم حكمه وهو وجوب الاداء فاذا وجد وجد صار كالمسافر يصلي الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها فاذا فعل تم ولا نعلم خلافا بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بصحة اسلامه صبيا تبعا لابويه المسلمين او لاسلامه وابواه كافران ولو كان ذلك فرضا لم يغفل اهل الاجماع عن آخرهم واما قوله يشوبه ضرر قلنا ما تناوله السعادة الابدية وتزول به توقع مضرة ابدية من رد اسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل يعينه ولا يبالي معه بذلك الضرر لانه لا نسبة له بالضرر الآخر واما التنافي الذي ذكر فانما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعا واصلا معا ولسنا نقول به بل هو تبع ما لم يعقل ويقر مختارا فاذا عقل واقر مختارا فنقول انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي اصلا في المجنون منع المضادة واجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعا له حتى اذا لم تنو السفر تكون مسافرة ولو نوته صارت مسافرة مقصودا وتبعا فجعلها امرين يثبت باحدهما بالآخر قال المصنف وهم في الردة يعني الشافعي وزفر رح وابا يوسف رح انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رح لانه تعلق به اعلى المنافع ودفع اعظم المضار ولابي حنيفة رح ومحمد رح ما قلنا من انها موجودة حقيقة لوجود حقيقتها من الانكار والاقرار به ولا مرد للحقيقة فان قيل لا يلزم من اعتبارها حقيقة وعدم ردها في الاسلام مثله في الردة لما في ذلك من النفع وفي الردة من الضرر الا ترى انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة الجواب ان الحقائق الداخلة منه في الوجود اذا كانت مما يقطع فيه بالعلم او الجهل فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالايمان والردة فانه لا يمكن ان يجعله عارفا اذا علم جهله بالكفر ولا جاهلا اذا علم علمه بالايمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا صام بنية يجعل صائما شرعا فلو اكل جعل مفطرا او لم يجعل صائما وكذا اذا صلى ثم افسد اما اذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هي دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لانا لم نتيقن بالمصلحة في نفس الامر وذلك كالهبة فانه جاز فيه كونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالصنف وجاز كونه جاهلا في ذلك فان لم تكن حالية لذلك فمنعناها بخلاف القبول فان علمنا علمه بالمصلحة يجعله جاهلا واذا ثبت ان الحقائق بعد العلم بثبوتها لا ترد لزم ضررها والضرورة الاخرى انا اتفقنا على جعله مرتدا اذا ارتد ابواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر **قوله** الا انه اي الصبي المرتد يجبر على الاسلام لما فيه من النفع المتيقن ودفع اعظم المضار ولا يقتل وهذه رابعة اربع مسائل لا يقتل فيها المرتد احدها الذي كان اسلامه تبعا لابويه اذا بلغ مرتدا ففي القياس يقتل كقول مالك رح والشافعي رح وقد منا من قريب في الاستحسان لا يقتل لان اسلامه ثبت

في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

تبعا لغيره صارت شبهة في اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا الثانية اسلم في صغره ثم بلغ مرتدا ففي القياس يقتل وبه قال مالك رحمه الله واحمد رحمه الله وفي الاستحسان لا يقتل مرتدا لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر والثالثة اذا ارتد في صغره والرابعة المكره على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على راسه ظاهر في عدم الاعتقاد فيصير شبهة في اسقاط القتل وفي كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شيء ذكر الكل في المبسوط ولها خامسة وهو اللقيط في دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا اجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المصنف رحمه الله في وجه عدم قتله لانه اي القتل عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم فبين ان الكلام كله في الصبي الذي يعقل الاسلام وفي المبسوط ذكره بحيث يناظر ويفهم ويفحم واعترض جماعة من الشارحين قول المصنف مرحمة عليهم بانه يعذب في الآخرة مخلدا فاين مرحمتهم ونقل ذلك من اسرار المبسوط وجامع التمرتاشي وعزا التمرتاشي هذه الرواية الى التبصرة فالاولى في التعليل ما في المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء في صحة اسلامه انتهى ولفظه في المبسوط في هذه المسئلة فاذا حكم بصحة ردته بانت منه امرأته ولكنه لا يقتل استحسانا لان القتل عقوبة وهو ليس من اهل ان يلتزم العقوبة في الدنيا بمباشرة سببه كسائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيئا لان من ضرورة صحة ردته اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمرأة اذا ارتدت لا تقتل ولو قتلها قاتل لم يلزمه شيء ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة وكذا لا يصح اسلامه وكذا المجنون لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه والسكران الذي لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك رحمه الله واحمد رحمه الله في رواية والشافعي رحمه الله في قول وقال في قول آخر يصح ارتداده كطلاقه قلنا الردة تبنى على تبدل الاعتقاد ونعلم ان السكران غير معتقد لما قال ويصح طلاقه لانه لا يفتقر الى القصد ولذا لزم طلاق الناسي وتقدم في كتاب الطلاق فيه زيادة احكام فارجع اليه في فصل ويقع طلاق كل زوج الخ **فروع** كل من ابغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فالساب بطريق اولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تعمل توبته في اسقاط القتل قالوا هذا مذهب اهل الكوفة ومالك ونقل عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه ولا فرق بين ان يجيء تائبا من نفسه او شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فان الانكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا اكراه والا فهو كالمجنون وقال الخطابي لا اعلم احدا خالف في وجوب قتله واما سبه في حقه تعالى فتعمل توبته في اسقاط قتله ومن هزل بلفظ كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى واذا تهود نصراني وعكسه لا يؤمر بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا يقر بالكفر والردة محبطة ثواب جميع الاعمال واذا عاد الى الاسلام ان عاد في وقت صلاة صلاها فعليه اداؤها ثانيا وكذا يجب عليه الحج ثانيا ان كان حج واذا اعتق المرتد عبده ثم اعتقه ابنه ثم مات المرتد او قتل لا ينفذ لان عتق المرتد موقوف فبموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه الا بعد الموت او حقيقة او حكما ولا يتوقف بخلاف ما لو اعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم يسقط الدين فانه ينفذ والفرق في المبسوط عن عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو مرتد فميراثه لمعتق الابن لانه مات قبل تمام سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف الا الحسن رحمه الله قال لا يقبل في القتل الا اربعة قياسا على الزنا واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع وقتل المرتد مطلقا الى الامام عند عامة

باب البغاة

اہل العلم الا عند الشافعی رہ فی وجہ فی العبد الی سیدہ ومن اصاب حدا ثم ارتد ثم اسلم ان الزندیق لم یلحق بدار الحرب اقیم علیه الحد وان لحق ثم عاد لا یقام علیه وعند الشافعی رہ واحمد رہ یقام مطلقا وانبنی ظاهر وقدمنا انه لا تقبل توبة الساحر والزندیق فی ظاهر المذهب وهو من لا یدین بدین وأما من یبطن الکفر ویظهر الاسلام فهو المنافق ویجب ان یکون حکمه فی عدم قبولنا توبته کالزندیق لان ذلک فی الزندیق لعدم الاطمینان الی ما یظهر من التوبة اذا کان یخفی کفره الذی هو عدم اعتقاده دینا والمنافق مثله فی الاخفاء وعلی هذا فطریق العلم بحاله اما بان یعثر بعض الناس علیه او یسره الی من أمن الیه والحق ان الذی یقتل ولا تقبل توبته هو المنافق والزندیق ان کان حکمه ذلک فیجب ان یکون مبطنا کفره الذی هو عدم التدین بدین و یظهر تدینه بالاسلام او غیره الی ان ظفر بابه وهو عرلی والا فلو فرضناه مظهرا لذلک حتی تاب یجب ان لا یقتل وتقبل توبته کسائر الکفار المظهرین کفرهم اذا اظهروا التوبة وکذا من علم انه ینکر فی الباطن بعض الضروریات کحرمة الخمر ویظهر اعتراف حرمته وقال اصحابنا للسحر حقیقة فی تاثیر فی ایلام الاجسام خلافا لمن منع ذلک وقال انما هو تخییل وتعلیم السحر حرام بلا خلاف بین اهل العلم واعتقاد اباحته کفر وعن اصحابنا ومالک رہ واحمد رہ یکفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحریمه او لا ویقتل وقد روی عن عمر وعثمان وابن عمر رضی الله عنهم وکذلک عبد الله بن کعب وقیس بن سعد وعمر بن عبد العزیز فانهم قتلوه بدون الاستتابة وفی حدیث مرفوع رواه الشیخ ابو بکر الرازی فی احکام القرآن ثنا ابن قانع ثنا بشر بن موسی ثنا ابن الاصفهانی ثنا ابو معاویة عن اسمعیل بن مسلم عن الحسن عن جندب ان النبی صلی الله علیه وسلم قال حد الساحر ضربة بالسیف انتهی یعنی القتل قال وقصة جندب فی قتله الساحر الکوفه عن الولید بن عقبة مشهورة وعند الشافعی رہ لا یقتل ولا یکفر الا اذا اعتقد اباحته وأما الکاهن فقیل هو الساحر وقیل هو العراف وهو الذی یحدس ویتخرص وقیل هو الذی له من الجن من یأتیه بالاخبار قال اصحابنا ان اعتقد ان الشیاطین یفعلون له ما یشاء کفر وان اعتقد انه تخییل لم یکفر وعند الشافعی رہ ان اعتقد ما یوجب الکفر مثل التقرب الی الکواکب وانها تفعل ما یلتمسه کفر وعند احمد رہ حکمه حکم الساحر فی روایة یقتل لقول عمر رض اقتلوا کل ساحر وکاهن وفی روایة ان تاب لم یقتل ویجب ان لا یعدل عن مذهب الشافعی فی کفر الساحر والعراف وعدمه وأما قتله فیجب ولا یستتاب اذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعیه بالفساد فی الارض لا بمجرد عمله اذا لم یکن فی اعتقاده ما یوجب کفره

واذا طلب المرتدون الموادعة لا یجیبهم الی ذلک

باب البغاة قدم احکام قتال الکفار ثم عقبه بقتال المسلمین والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد فی کل اسم فاعل معتل اللام کغزاة ورماة وقضاة والبغی فی اللغة الطلب بغیت کذا ای طلبته قال الله تعالی حکایة ذلک ما کنا نبغی ثم اشتهر فی العرف فی طلب ما لا یحل من الجور والظلم والباغی فی عرف الفقهاء الخارج علی امام الحق والخارجون عن طاعته اربعة اصناف احدها الخارجون بلا تاویل بمنعة وبلا منعة یأخذون اموال المسلمین ویقتلونهم ویخیفون الطریق وهم قطاع الطریق والثانی قوم کذلک الا انهم لا منعة لهم لکن لهم تاویل فحکمهم حکم قطاع الطریق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان اخذوا مال المسلمین قطعت ایدیهم وارجلهم علی ما عرف والثالث قوم لهم منعة وحمیة خرجوا علیه بتاویل یرون انه علی باطل کفر او معصیة توجب قتاله بتاویلهم وهؤلاء یسمون بالخوارج یستحلون دماء المسلمین واموالهم ویسبون نساءهم ویکفرون اصحاب رسول الله صلی الله علیه وسلم وحکمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور اهل الحدیث حکم البغاة وعند مالک رہ یستتابون فان تابوا والا قتلوا دفعا لفسادهم لا لکفرهم وذهب بعض اهل الحدیث الی انهم مرتدون لهم حکم المرتدین لقوله علیه الصلوة والسلام یخرج قوم من آخر الزمان احداث الاسنان سفهاء الاحلام یقولون من قول خیر البریة یقرؤن القرآن لا یجاوز حناجرهم یمرقون من الدین کما یمرق السهم من الرمیة فاینما لقیتموهم فاقتلوهم فان فی قتلهم اجرا لمن قتلهم یوم القیمة رواه البخاری وعن ابی امامة انه رای رؤسا منصوبة علی درج

واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف

عن شبهتهم لان عليا رض فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به

مسجد دمشق فقال كلاب اهل النار كلاب اهل النار قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا قيل يا ابا امامة هذا شيء تقوله قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر لا اعلم احدا وافق اهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل اجماع الفقهاء وذكر في المحيط ان بعض الفقهاء لا يكفر احدا من اهل البدع وبعضهم يكفرون بعض اهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه الى اكثر اهل السنة والنقل الاول اثبت نعم يقع في كلام اهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر اعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن في اول الباب من حديث كثير الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج وهو قول الحضرمي دخلت مسجد الكوفة من قبل ابواب كندة فاذا نفر خمسة يشتمون عليا رض وفيهم رجل عليه برنس يقول اعاهد الله لاقتلنه فتعلقت به وتفرقت اصحابه فاتيت به عليا رض فقلت اني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال ادن ويحك من انت فقال انا سوار المنقري فقال علي رض خل عنه فقلت اخلي عنه وقد كان عاهد الله ليقتلنك فقال اقتله ولم يقتلني قلت فانه قد شتمك قال فاشتمه ان شئت او دعه ففي هذا دليل ان ما لم يكن بالخارجين منعة لا يقتلهم وانهم ليسوا كفارا لا بشتم علي رض ولا بقتله الا اذا استحله فان من استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تقييده بان لا يكون القتل بغير حق او عن تاويل واجتهاد يؤديه الى الحكم بحله بخلاف المستحل بلا تاويل والا لزم تكفيرهم لان الخوارج يستحلون القتل بتاويلهم الباطل ومما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكر محمد رح ايضا حيث قال وبلغنا عن علي رض انه بينا هو يخطب يوم الجمعة اذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رض كلمة حق اريد بها باطل لن نمنعكم مساجد الله ان تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم الفيء ما دامت ايديكم مع ايدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ثم اخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج بدأهم بقولهم الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك اذا اخذ علي رض في الخطبة ليشوشوا خاطره فانهم كانوا يقصدون بذلك نسبته الى الكفر رضا بالتحكيم في صفين ولهذا قال علي رض كلمة حق اريد بها باطل يعني تكفيره وفيه دليل ان الخوارج اذا قاتلوا الكفار مع اهل العدل يستحقون من الغنيمة ما يستحقه غيرهم من المسلمين وانه لا يعذر بالتعريض بالشتم لان نسبته الى الكفر شتم عرضوا به ولم يصرحوا والرابع قوم من مسلمين خرجوا على امام العدل ولم يستحيوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة **قوله** واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة امام الناس به في امان والطرقات آمنة دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم التي اوجبت خروجهم لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك باهل حروراء قبل قتالهم وليس ذلك واجب بل مستحب لانهم لمن بلغتهم الدعوة لا تجب دعوتهم ثانيا وهو مستحب وحروراء اسم قرية من قرى الكوفة وقيل المد والقصر ومنه قول عائشة رض لمعاذة احرورية انت اسعد النسائي في سننه الكبرى في خصائص علي رض الى ابن عباس رض قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف فقلت لعلي رض يا امير المؤمنين ابرد بالصلوة لعلي اكلم هؤلاء القوم قال اني اخافهم عليك قلت كلا فلبست ثيابي ومضيت حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس رض ما جاء بك قلت اتيتكم من عند اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم المهاجرين والانصار من عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن وهم اعرف بتاويله منكم وليس فيكم منهم احد لابلغكم ما يقولون وابلغهم ما تقولون فانتحى لي نفر منهم قلت هاتوا ما نقمتم على اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وختنه واول من آمن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا احداهن انه حكم الرجال في دين الله وقد قال الله تعالى ان الحكم الا لله قلت هذه واحدة قالوا واما الثانية فانه قاتل ولم يسب ولم يغنم فان كانوا كفارا لقد حلت لنا نساؤهم واموالهم وان كانوا مؤمنين لقد حرمت علينا دماؤهم قلت هذه اخرى قالوا واما الثالثة فانه محى نفسه من امير المؤمنين فان لم يكن امير المؤمنين فانه امير الكافرين قلت هل عندكم

ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فإن بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال العبد الضعيف هكذا ذكره القدوري رح في مختصره وذكر
الإمام المعروف بخواهر زاده رح أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤا
بالقتال حقيقة لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لأن نفس الكفر مبيح عنده ولنا أن الحكم يدار
على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع
فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم
ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الإمكان والمروي عن أبي حنيفة
من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة

شيء غير هذا قالوا حسبنا هذا قلت لهم أرأيتم إن قرأت عليكم من كتاب الله وحدثتكم من سنة نبيه ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت أما قولكم
إنه حكم الرجال في دين الله فأنا أقرأ عليكم أن قد صير الله حكمه إلى الرجال في أرنب ثمنها ربع درهم قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم إلى قوله
يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرأة وزوجها وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أنشدكم الله أحكم الرجال في حقن دمائهم و
أنفسهم وإصلاح ذات بينهم أحق أم في أرنب ثمنها ربع درهم قالوا اللهم بل في حقن دمائهم وإصلاح ذات بينهم قلت أخرجت من هذه
قالوا اللهم نعم قلت وأما قولكم إنه قاتل ولم يسب ولم يغنم أتسبون أمكم عائشة رض فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم لئن
فعلتم لقد كفرتم فإن قلتم ليست أمنا لقد كفرتم ثم قال الله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم فأنتم بين ضلالتين فأتوا منها بمخرج أخرجت من
الأخرى قالوا اللهم نعم قلت وأما قولكم إنه محى نفسه من أمير المؤمنين فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتابا فقالوا اكتب هذا
ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم أنك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله إني لرسول الله وإن كذبتموني
يا علي رض اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من علي رض فقد محى نفسه ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة أخرجت من هذه الأخرى
قالوا اللهم نعم فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والأنصار وروى الحاكم أن عبد الله بن شداد استحلفته عائشة رض
عن الذين قتلهم علي رض فقال لما كانت حرب معاوية وحكم الحاكمين خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بأرض يقال لها حروراء من جانب الكوفة إلى
أن قال فبعث إليهم علي عبد الله بن عباس فخرجت معه حتى إذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكوى خطيبا فقال يا حملة القرآن هذا عبد الله بن عباس فمن
لم يكن يعرفه فأنا أعرفه من كتاب الله ما يعرفه به هذا ممن نزل فيه وفي قومه بل هم قوم خصمون فردوه إلى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطباؤهم
وقالوا والله لنواضعنه فواضعهم عبد الله بن عباس رض الكتاب ووضعوه ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف فيهم ابن الكوى حتى أدخلهم الكوفة على علي رض
إلى آخر الحديث وقال على شرط البخاري ومسلم **قوله** ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه هكذا ذكر القدوري وهو بناء على ما قدمناه من قول علي رض ولن نقاتلكم حتى
تقاتلونا وذكر الإمام الأجل المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤا حقيقة
وهو قول مالك رح وأحمد رح وأكثر أهل العلم لأن قتل المسلم لا يجوز إلا دفعا وهم أي البغاة مسلمون لقوله تعالى وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا
ثم قال فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ونحن أدرنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم وذلك هو الاجتماع على قصد القتال
والامتناع لأنه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع لتقوي شوكتهم وتكثر جموعهم خصوصا والفتنة يسرع إليها أهل الفساد وهم الأكثر وإذا الكفر ما أباح القتال
إلا للحرابة والبغاة كذلك ويجب على كل من أطاق الدفع أن يقاتل مع الإمام إلا أن أبدوا ما يجوز لهم القتال لأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلما لا شبهة فيه لأن يجب
أن يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره بخلاف ما إذا كان الحال مشتبها أنه ظلم مثل تحميلهم بعض الجبايات التي للإمام أخذها وإلحاق الضرر بها لدفع ضرر
أعم منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب من المنجنيق وإرسال الماء والنار وخواهر زاده معناه ابن الأخت وكان ابن أخت القاضي الإمام
ابن ثابت قاضي سمرقند واسم خواهر زاده محمد وكنيته أبو بكر واسم أبيه حسين البخاري وهو معاصر لشمس الأئمة السرخسي وموافق له في اسمه وكنيته لأن شمس الأئمة اسمه محمد
وكنيته أبو بكر بن سهل وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين وأربعمائة وفخر الإسلام أيضا معاصرهما توفي سنة إحدى وثمانين وأربعمائة وإذا بلغه أنهم
يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الإمكان والمروي عن أبي حنيفة رح من قوله

فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعى رح لا يجوز ذلك فى الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول على رضـ يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة فى هذا الباب وقوله فى الاسير تاويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال ولا باس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال الشافعى رح لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا رضـ قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك فى مال العادل عند الحاجة ففى مال الباغى اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها

الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد فى بيته لقوله عليه الصلوة والسلام من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار وقال لواحد من الصحابة رضـ كن حلسا من احلاس بيتك رواه عنه الحسن بن زياد فمحمول على ما اذا لم يكن له امام وما روى عن جماعة من الصحابة رضـ انهم قعدوا فى الفتنة محمول على انه لم يكن لهم قدرة ولا غنى وربما كان لبعضهم فى تردد من حل القتال كما روى عن بعضهم انه اتى عليا رضـ يطلب عطاءه من بيت المال فمنعه على رضـ وقال له اين كنت يوم صفين فقال اعطنى سيفا اعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله محمدا وانما قال فقاتلوا التى تبغى حتى تفئ الى امر الله وما روى اذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول فى النار محمول على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين اهل القريتين والمحلتين او لاجل الدنيا والمملكة قال الذهبى يصح عن ابى وائل عن ابى ميسرة عمرو بن شرحبيل قال رايت كان قبابا فى رياض فقلت لمن هذه قالوا لذى الكلاع واصحابه ورايت كان قبابا فى رياض فقلت لمن هذه فقيل لعمار بن ياسر واصحابه فقلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضا قال انهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى وهذا لان قتالهم عن اجتهاد **قوله** فان كان لهم فئة اجهز على جريحهم اى يسرع فى اماتتهم واتبع موليهم على البناء للمفعول فيهما بالقتل والاسر دفعا لشرهم كيلا يلحقوا اى الجريح والمولى بهم اى بالفئة على معنى القوم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مولاهم لاندفاع الشر بدون ذلك وهو المطلوب وقال الشافعى رح واحمد رح ايضا لا يجوز ذلك اى الاجهاز والاتباع فى الحالين حالى الفئة وعدمها لان القتال اذا تركوه بالتولية والجراحة المعجزة عنه لم يبق قتلهم دفعا ولا يجوز قتلهم الا دفعا لشرهم ولما روى ابن ابى شيبة عن عبد خير عن على رضـ انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريحهم ومن القى سلاحه فهو آمن واسند ايضا ولا يقتل اسيرا وجوابه ما ذكرنا ان المعتبر فى جواز القتل دليل قتالهم لا حقيقته لان قتل من ذكرنا اذا كان له فئة لا يخرج عن كونه دفعا لانه لا يتحيز الى الفئة ويعود شره كما كان وفى اصحاب الجمل لم يكن لهم فئة اخرى سواهم **قوله** ولا يسبى لهم ذرية اذا ظهر عليهم ولا يقسم لهم مال بين المقاتلة لقول على رضـ فيما روى ابن ابى شيبة ان عليا رضـ لما هزم طلحة واصحابه امر مناديه فنادى ان لا يقتل مقبل ولا مدبر يعنى بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال وروى عبد الرزاق نحوه وزاد وكان على رضـ لا ياخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيئا فلياخذه وفى تاريخ واسط باسناده عن على رضـ انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريحهم ولا تقتلوا اسيرا واياكم والنساء وان شتمن اعراضكم وسببن امراءكم ولقد رايتنا فى الجاهلية وان الرجل ليتناول المراة بالجريدة او بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده هذا وفى حديث مرفوع رواه الحاكم فى المستدرك والبزار فى مسنده من حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدرى يا ابن ام عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الامة قال الله ورسوله اعلم قال لا يجهز على جريحها ولا يقتل اسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيئها واعله البزار بكوثر بن حكيم وبه تعقب الذهبى على الحاكم قال محمد رح بلغنا ان عليا رضـ القى ما اصاب من عسكر اهل النهروان فى الرحبة فمن عرف شيئا اخذه حتى كان آخره قدر حديد لانسان فاخذه وقول على رضـ فى الاسير تاويله اذا لم تكن لهم فئة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الاسير وان كان عبدا يقاتل وان شاء حبسهم والعبد الذى لا يقاتل بل يخدم مولاه يحبس لما ذكرنا من دفع الشر بقدر الامكان وفيه خلاف الائمة الثلاثة ومعنى هذا الخيار ان يحكم نظره فيما هو احسن الامرين من كسر الشوكة من قتله وحبسه ويختلف ذلك بحسب الحال لا بهوى النفس والتشفى واذا اخذت المراة من اهل البغى وكانت تقاتل حبست ولا تقتل الا فى حال مقاتلتها دفعا وانما تحبس للمعصية ولمنعها من الشر والفتنة **قوله** لا باس ان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج اهل العدل اليه وكذا الكراع يقاتلون عليه وقال الشافعى رح لا يجوز استعمالها فى القتال وترد عليهم عند الامن منهم ولا ترد قبله لانه مال مسلم فلا يجوز ذلك الا برضاه ولنا ان عليا رضـ الخ غريب وروى ابن ابى شيبة فى آخر مصنفه فى باب وقعة الجمل بسنده الى ابن الحنفية ان عليا رضـ قسم يوم الجمل فيما العسكر ما اجافوا عليه من خيل وكراع وسلاح قال المصرى وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولولا ان

[illegible] ... وانا الان على حق ورثه وان قال قتلته ... وانا علمت اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي رح ... اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا ... [illegible]

فيه اجماعا فاكان التمسك ببعض الظواهر في مليكه فان ابن ابي شيبة اسند عن ابي البختري لما انهزم اهل الجمل قال علي رض لا تطلبوا من كان خارجا من العسكر وما كان من دابة او سلاحه فهو لكم وليس لكم ام ولده واي امرأة قتل زوجها فلتعتد اربعة اشهر وعشرا قالوا يا امير المؤمنين يحل لنا دماؤهم ولا يحل لنا نساؤهم فخاصموه فقال هاتوا سهامكم واقرعوا على عائشة رض وهي راس الامر وقائدهم قال فخصمهم علي رض وعرفوا وقالوا نستغفر الله قال المص رد و لان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل اي نستعين بكراعه وسلاحه عند حاجة المسلمين اليه ففي مال الباغي اولى والمعنى المجوز فيه لانه دفع الضرر الاعلى وهو الضرر المتوقع لعامة المسلمين بالضرر الادنى وهو اضراره لبعضهم لدفع شرهم ويحبس الامام اموالهم لدفع شرهم واضعافهم بذلك ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم وعلى ورثتهم اذا ظهر ذلك واذا حبسها كان بيع الكراع اولى لان حبس الثمن انظر ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر مؤنتها عليه اذا لم يكن للامام بها حاجة **قوله** وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا ياخذه الامام ثانيا اذا ظهر على البغاة لان ولاية الاخذ انما كانت له لحمايته اياهم ولم يحمهم وما قيل ان عليا رض لما ظهر على اهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبوه فيه نظر لان الخوارج لا نعلم انهم غلبوا على بلدة فاخذوا جباياتها قالوا وكان ابن عمر اذا اتاه ساعي الحرورية دفع اليه زكوته وكذا سلمة بن الاكوع ثم ان كان صرفوه الى حقه اي الى مصارفه اجزاء من اخذ منه ولا اعادة عليه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى من اخذ منهم ان يعيدوا الاداء فيما بينهم وبين الله تعالى قال المص رح قالوا اي المشائخ لا اعادة على الارباب في الخراج لانهم اي البغاة مقاتلة وهم مصرف الخراج وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك وان كانوا اغنياء افتوا بالاعادة وكذا في زكوة الاموال كلها لو اخذوها وقد تقدم ذلك والمدفوع مصادرة اذا نوى الدافع التصدق عليهم في كتاب الزكوة فارجع اليه **قوله** من قتل رجلا الخ يعني اذا كان رجلان من اهل البغي قتل احدهما الآخر لا يجب على القاتل دية ولا قصاص اذا ظهرنا عليهم لانه قتل نفسا مباح قتلها الا ترى ان العادل اذا قتله لا يجب عليه شيء فان كان مباح القتل لم يجب بشيء ولان القصاص لا يستوفى الا بالولاية وهي بالمنعة ولا ولاية لنا عليهم فلم يجب شيء فصار كالقتل في دار الحرب وعند الائمة الثلاثة يقتل به لان عندهم كل موضع تجب فيه العبادات في اوقاتها فهو كدار العدل وتقدم الكلام فيه **قوله** وان غلبوا على مصر من امصار اهل العدل فقتل رجل من اهل المصر رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا على ذلك المصر فانه يقتص منه ومعنى المسئلة كما قال فخر الاسلام انهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى ازعجهم امام العدل عن اهل المصر اي اخرجهم قبل تقرر حكمهم لانه حينئذ لم ينقطع ولاية الامام فوجب القود اما لو جرى حكمهم حتى صارت في حكم محل ولاتهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة **قوله** اذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه بالاتفاق لانه مامور بقتله فلا يحرم الميراث به وان قتل الباغي العادل وقال كنت على الحق وانا الآن على الحق ورثه فان قال قتلته وانا علمت اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يرث الباغي العادل في الوجهين وهو قول الشافعي رح واصله اي اصل هذا الخلاف في ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن عندنا ولا ياثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم وهذا بالاتفاق والباغي اذا قتل العادل بعد قيام منعتهم وشوكتهم لا يجب عليه الضمان عندنا ويأثم وبه قال احمد رح والشافعي رح في قول الجديد ولو قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقا وكذا يضمن المال وقال الشافعي رح في القديم يضمن وبه قال مالك رح لانها نفوس واموال معصومة فتضمن بالاتلاف ظلماً وعدوانا وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا ولنا انه اتلاف ممن لا يعتقد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الالزام عليه فلا يواخذ به قياسا على اهل الحرب والحاصل ان نفي الضمان منوط بالمنعة مع التاويل فلو تجردت المنعة عن التاويل كقوم غلبوا على اهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال بلا تاويل ثم ظهر عليهم اخذوا بجميع ذلك ولو تجرد التاويل عن المنعة بان انفرد واحد او اثنان

قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفى عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة فى الامصار لاهل السلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

فقتلوا واخذوا عن تاويل ضمنوا اذا تابوا او قدر عليهم والدليل على ما ذكرناه اجماع الصحابة رض رواه الزهرى قال عبد الرزاق فى مصنفه ثنا معمر قال اخبرنى الزهرى ان سليمان بن هشام كتب اليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ثم رجعت الى اهلها تائبة قال فكتب اليه اما بعد فان الفتنة الاولى ثارت واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقيموا على احد حدا فى فرج استحلوه بتاويل القرآن ولا قصاص فى دم استحلوه بتاويل القرآن ولا يرد مال استحلوه بتاويل القرآن الا ان يوجد شئ بعينه فيرد على صاحبه وانى ارى ان ترد على زوجها وان لم يحد من افترى عليها قال المصنف ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد من التاويل ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة فى حق الدفع اى نفى الضمان وصار كما فى منعة اهل الحرب وتاويلهم ولا يخفى ان هذا الاعتبار وهو الالحاق الفاسد من الاجتهاد الذى لم يسوغ حتى ضلل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنعة اليه وتعليله بانه عند انضمام المنعة ينقطع ولاية الالزام فيلزم السقوط كله مستندا الى الاجماع المنقول من الصحابة رض والا فلا يلزم من العجز عن الالزام سقوطه شرعا بل انما يلزم سقوط الخطاب به ما دام العجز عن الزامه ثابتا فاذا ثبتت القدرة تعلق خطاب الالزام كما يقول الشافعى لكن لما كان الاجماع المنقول فى صورة معينة بما ذكرنا كان ذلك اصلا شرعيا ضرورة الاجماع المذكور واذا عرفت هذا فيقول ابو يوسف رح الحاق التاويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة رض كان فى دفع الضمان والحاجة هنا الى اثبات الاستحقاق فالحاقه به بلا دليل وهما يقولان المتحقق من الصحابة رض جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعا ما لولاه لثبت لثبوت اسباب الثبوت الا ترى انه لولا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا واتلاف المال المعصوم فيتناول ما نحن فيه فان القرابة التى هى سبب استحقاق الميراث قائمة والقتل بغير حق مانع وجد عن اعتقاد الحقية مع المنعة فمنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من اثبات الميراث **قوله** ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفى عسكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان الغلبة فى الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لانه يقاتل بعينه لا ما لا يقاتل به الا بصنعة تحدث فيه ونظيره كراهية بيع المعازف لان المعصية تقام بها عينها ولا يكره بيع الخشب المتخذة هى منه وعلى هذا بيع الخمر لا يصح ويصح بيع العنب والفرق فى ذلك كله ما ذكرنا وقيل الفرق الصحيح ان الضرر هنا يرجع الى العامة وهناك يرجع الى الخاصة ذكره فى الفوائد الظهيرية **فروع** اذا طلب اهل البغى الموادعة اجيبوا اليها اذا كان خيرا للمسلمين لان المسلمين قد يحتاجون الى الموادعة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوى عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شئ لانهم مسلمون ومثله فى المرتدين الا انهم اذا اخذوا ملكوا ثم يجبرون على الاسلام واذا تاب اهل البغى تقدم انهم لا يضمنون ما اتلفوا وفى المبسوط روى عن محمد رح قال افتيهم بان يضمنوا ما اتلفوا من النفوس والاموال ولا الزمهم بذلك فى الحكم قال شمس الائمة وهذا صحيح فانهم كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطاؤهم الا ان ولاية الالزام كانت منقطعة للمنعة فيفتون به ولو استعان اهل البغى باهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما ان هذا الفعل من اهل البغى ليس نقضا للايمان فالذين انضموا اليهم من اهل الذمة لم يخرجوا من ان يكونوا ملتزمين حكم الاسلام فى المعاملات وان يكونوا من اهل الدار فحكمهم حكم البغاة واذا وقعت الموادعة فاعطى كل فريق رهنا على ان ايهما غدر يقتل الآخرون الرهن فغدر اهل البغى وقتلوا الرهن لا يحل لاهل العدل قتل الرهن بل يحبسونهم حتى يهلك اهل البغى او يتوبوا لانهم صاروا آمنين بالموادعة او باعطائنا الامان لهم حين اخذناهم رهنا والغدر من غيرهم لا يؤاخذون به لكن يحبسون مخافة ان يرجعوا الى قبيلتهم وكذا اذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم

حتى

كتاب اللقيط

يسلموا فان ابوا جعلوا ذمة ووضعت عليهم الجزية لانهم خلصوا من ايدينا آمنين وحكي ان المنصور كان ابتلى به مع اهل الموصل ثم انهم غدروا فقتلوا رهنه فجمع العلماء يستشيرهم في رهنهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على انفسهم وفيهم ابو حنيفة رح ساكت فقال له ما تقول فقال ليس لك ذلك فانك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل لك شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولا تزر وازرة وزر اخرى فاغلظ عليه القول وامر باخراجه من عنده وقال ما دعوتك لشيء الا اتيتني بما اكره ثم جمعهم من الغد وقال تبين لي ان الصواب ما قلت فماذا نصنع بهم قال سل العلماء فسألهم فقالوا لا علم لنا قال ابو حنيفة رح توضع عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لانهم رضوا بالمقام في دارنا على التابيد والكافر اذا رضي بذلك توضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر اليه قال اذا آمن رجل من اهل العدل رجلا من اهل البغي جاز امانه لانه ليس اعلى شقاقا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولانه قد يحتاج الى مناظرته ليتوب ولا يتاتى ذلك ما لم يأمن كل من الآخر ومنه لمن يقول لا بأس عليك ولا يجوز امان الذمي اذا كان يقاتل مع اهل البغي ولو ظهر اهل البغي على بلد فولوا فيه قاضيا من اهله ليس من اهل البغي صح وعليه ان يقيم الحدود والحكم بين الناس بالعدل فان كتب هذا القاضي كتابا الى قاضي اهل العدل بحق الرجل من اهل مصره بشهادة من شهد عنده ان كان القاضي يعرفهم وليسوا من اهل البغي اجازه وان كانوا من اهل البغي او لا يعرفهم لا يعمل به لان الغالب فيمن يسكن عندهم انه منهم ولا يقبل قاضي اهل العدل كتاب قاضي اهل البغي لانهم فسقة ويكره اخذ رؤسهم فيطاف بها في الآفاق لانه مثلة وجوزه بعض المتاخرين اذا كان فيه طمانينة قلوب اهل العدل او كسر شوكتهم ويكره للعادل قتل ابيه او اخيه من اهل البغي بخلاف اخيه الكافر فانه لا يكره لانه اجتمع في الباغي حرمتان حرمة الاسلام وحرمة القرابة وفي الكافر حرمة القرابة فقط واذا كان رجل من اهل العدل في صف اهل البغي فقتله رجل من اهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان في صف اهل الحرب لانه اهدر دمه حين وقف في صفهم ولو دخل باغ بامان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستامنا في دارنا وهذا البقاء شبهة الاباحة في دمه واذا حمل العادل على الباغي فقال تبت والقى السلاح كف عنه وكذا لو قال كف عني حتى انظر لعلي اتوب والقى السلاح وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله ومتى القاه كف عنه بخلاف الحربي و لا يلزمه الكف عنه بالقائه السلاح ولو غلب اهل البغي على بلد فقاتلهم آخرون من اهل البغي فارادوا ان يسبوا ذراري اهل المدينة وجب على اهل البلد ان يقاتلوا دون الذراري لانهم لا يسبون فوجب قتالهم واذا وادع اهل البغي قوما من اهل الحرب لا يحل لاهل العدل غدرهم لانهم مسلمون وفي امان المسلم اذا كان في منعة نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم البغاة فسبوا لا يحل لاحد من اهل العدل ان يشتري منهم ولو ظهر اهل البغي على اهل العدل فلجأوا بهم الى دار الشرك لم يحل لهم ان يقاتلوا المشركين مع اهل الشرك لان حكم اهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم ان يستعينوا باهل الشرك على اهل البغي اذا كان حكم اهل الشرك هو الظاهر ولا بأس بان يستعين اهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان حكم اهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لاعزاز الدين والاستعانة عليهم بقوم منهم او من اهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا ولى البغاة قاضيا في مكان غلبوا عليه فقضى ما شاء ثم ظهر اهل العدل فرفعت اقضيته الى قاضي العدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قضاه براي بعض المجتهدين لان قضاء القاضي في المجتهدات نافذ وان كان مخالف الراي قاضي العدل ولو استعان البغاة باهل الحرب فظهر عليهم سبيا اهل الحرب ولا يكون استعانة البغاة بهم امانا منهم لهم حتى يلزمنا تامينهم على ما قدمنا لان المستامن من يدخل دار الاسلام تاركا للحرب وهؤلاء ما دخلوا الا ليقاتلوا المسلمين ✣

كتاب اللقيط

عقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال بعرضة للفوات وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق بها مقدم على المتعلق بالمال اللقيط لغة ما يلقط اي يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول سمي الولد المطروح خوفا من العيلة او من تهمة الزنا لقيطا باعتبار ماله اليه لانه يؤول الى ان يلتقط في العادة كالقتيل في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه لا انتقاله سد الية

اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب

قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رض ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده

من احياء نفس مسلمة اذا لم يغلب على الظن ضياعه فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا وقول الشافعي ره وباقي الائمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف هلاكه ففرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قبل الخوف نعم اذا غلب على الظن ضياعه او هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذي ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا لان هذا الحكم وهو الزام التقاطه اذا خيف هلاكه مجمع عليه والثابت الزامه القطعي فرض **قوله** اللقيط حر كان الملتقط عبدا اي في جميع احكامه حتى يحد قاذفه والجناية عليه كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف امه لانا لا نعلم حريتها ولا اقامة الحد على احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية لان الاصل في بني آدم الحرية لانهم اولاد خيار المسلمين آدم وحواء وانما عرض الرق لعروض الكفر لبعضهم فما لم يتيقن بالعارض لا يحكم به وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب والغالب في جميع الدنيا الاحرار **قوله** ونفقته في بيت المال اي اذا لم يكن له مال وهذا بلا خلاف واصله ما روى مالك ره في الموطأ عن سنين ابي جميلة رجل من بني سليم انه وجد منبوذا في زمن عمر بن الخطاب رض فجئت به الى عمر رض فقال ما حملك على اخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فاخذتها فقال له عريفه يا امير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر وعلينا نفقته وعن مالك ره رواه الشافعي ره في مسنده وقال البيهقي وغير الشافعي ره يرويه عن مالك ره ويقول فيه وعلينا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق قال انبانا مالك ره عن ابن شهاب حدثني ابو جميلة انه وجد منبوذا على عهد عمر بن الخطاب رض فاتاه به فاتهمه عمر رض فاثني عليه خيرا فقال عمر رض هو حر وولاؤه لك ونفقته من بيت المال وتهمة عمر رض دل عليها ما في رواية محمد ره عنه في حديث ابي جميلة ان قال له عسى الغوير ابؤسا وهو مثل لما يكون ظاهره خلاف باطنه واول من قالته الزباء وما قيل فيه دليل على ان الملتقط ينبغي ان ياتي به الى الامام اولا ليس بلازم نعم من لم يتبرع بالانفاق وقصد ان ينفق عليه من بيت المال كما فعل ابو جميلة يحتاج ان ياتي به اليه فاذا جاء به الى الامام لا يصدقه في اخراج من بيت المال نفقته الا ان يقيم بينة على الالتقاط لانه عساه ابنه ولذا قال عمر رض عسى الغوير ابؤسا والوجه انه لا يتوقف على البينة بل ما يرجح صدقه الا ترى ان عمر رض لما قال عريفه انه رجل صالح اتفق عليه فان هذه البينة ليست على اوضاع البينات فانها لم تقم على خصم جاحد وانما كانت ترجح صدقه في اخباره بالالتقاط وكذا قال في المبسوط هذه لكشف الحال مع البينة لكشف الحال مقبولة وان لم يكن على خصم قال الواقدي وحدثني محمد بن عبد الله ابن اخي الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان عمر رض اذا اتي بلقيط فرض له ما يصلحه رزقا يأخذه وليه كل شهر ويوصي به خيرا ويجعل رضاعه في بيت المال ونفقته وروى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن زهير بن ابي ثابت عن ذهل بن اوس عن تميم انه وجد لقيطا فاتى به الى علي رض فالحقه على مائة ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة اغنياء لتجب نفقته عليهم فكانت في بيت المال كالمقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان اي لبيت المال غنمه اي ميراثه وديته حتى لو وجد اللقيط قتيلا في محلة كان على اهل تلك المحلة ديته لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله الملتقط او غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ولو قتله عمدا فالخيار الى الامام على ما تقدم في مثله فعليه غرمه ولهذا كانت جنايته في بيت المال وهذا المحمل بحديث الحسن ان رجلا التقط لقيطا فاتى به عليا رض فقال هو حر ولان اكون وليت من امره مثل الذي وليت منه احب الي من كذا وكذا فحرض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة وهي الامة لانه لا ينبغي للامام ان يأخذه من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو احق به **قوله** والملتقط متبرع بالانفاق عليه لعدم ولايته على ان يجعله الدين ليرجع عليه اذا كبر واكتسب الا ان يأمره القاضي به فيكون دينا عليه يعني بهذا القيد بان يقول له انفق عليه ويكون ذلك دينا عليه وظاهر الحصر المذكور في قوله الا ان يأمره الى آخره يفيد انه لو امره ولم يقل ليكون دينا لا يرجع به نفقته وهو كذلك في الاصح لان مطلق الامر بالانفاق انما يوجب ظاهرا خيفة في اتمام الاحتساب وتحصيل الثواب وقيل يوجب له الرجوع لان امر القاضي

فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تتضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره

كامر اللقيط بنفسه اذا كان كبير العموم ولاية القاضي فاذا انفق بالامر الذي يصيره دينا عليه فبلغ فادعى انه انفق عليه كذا وان صدق اللقيط رجع به نفسه وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة **قوله** فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف رحمه الله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني سابقا على دعوى المدعي او مقارنا اما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج اولى وان ادعياه معا فالملتقط اولى ولو كان ذميا والخارج مسلم لاستوائهما في الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى وهو الذي يحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسان والقياس ان لا يثبت الا ببينة لانه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويتاذى بانقطاعه اذ يعير به ويحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راغبا في ذلك بخير ممن به ويد الملتقط ما اعتبرت الا لحصول مصلحة هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب اتصال هذا النفع اليه لان الاب احق بكونه في يده من الاجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشائخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم ان عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشيء واما ثبوت النسب في دعوى ذي اليد فقيل يصح قياسا واستحسانا لانه ليس فيه قياس يخالف والصحيح انهما ايضا فيه الا ان وجه القياس فيه غيره في دعوى الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق بمجرد دعوى وهنا هو استلزامه التناقض لانه لما ادعى انه لقطة كان نافيا نسبه فلما ادعاه تناقض وجه الاستحسان فيه ما قدمنا والتناقض لا يضر في دعوى النسب لانه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما في الاصل الذي احال المصنف عليه ولو ادعاه اثنان خارجان معا فوصف احدهما علامة في جسده فطابق فهو اولى به من الآخر الا ان يقيم الآخر البينة فيقدم على ذي العلامة او كان مسلما وذو العلامة ذمي فيقدم المسلم ولو اقاما البينة واحدهما ذمي كان ابنا للمسلم ولو لم يصف احدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق و الدعوى وكذا لو اقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوة احدهما سابقة على الآخر كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع فيه وانما قدم ذو العلامة لترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما بخلاف ادعاء اثنين عينا في يد ثالث وذكر احدهما علامة لا يفيد شيئا وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع بالوصف لو كان لان سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة فلو قضى له لكن اثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح احد السببين على الآخر ولو ادعاه اثنان خارجان فاقام احدهما البينة انه كان في يده قبل ذلك كان احق به لظهور تقادم اليد وكلما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما وعند الشافعي رحمه الله يرجع الى القافة على ما قدمناه في باب الاستيلاد ولا يلحق باكثر من اثنين عند ابي يوسف رحمه الله وهو رواية عن احمد رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يلحق باكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وان كان المدعي اكثر من اثنين وعن ابي حنيفة انه جوز الى خمسة ولو ادعته امرأة لا تقبل الا ببينة لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعته امرأتان واقامتا البينة فهو ابنهما عند ابي حنيفة رحمه الله في رواية ابي حفص رحمه الله وعندهما لا يكون لواحد منهما وهو رواية عن ابي سليمان عنه وهذا كله في حال حياة اللقيط فهو مات عن مال فادعى انسان نسبه لا يثبت لان تصديقه كان باعتبار ان اللقيط يحتاج الى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقي كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يصدق الا ببينة على ذلك **قوله** واذا وجد اللقيط في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون الملتقط كان مسلما او ذميا الكفار ثم ان جاؤا فظهرنا عليه اولا

وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رح لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك

ولا يمكن كونه فيه لنا ر كثيرون او لا فان ادعاه ذمي انه ابنه يثبت نسبه منه وكان مسلما استحسانا والقياس ان لا يثبت نسبه منه لان في ثبوت نسبه منه نفي اسلامه الثابت بالدار وهو باطل وجه الاستحسان ان دعواه تضمنت شيئين ثبوت النسب وهو نفع للصغير ونفي الاسلام الثابت بالدار وهو ضرر وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر بان اسلمت امه فصححنا دعوته فيما ينفعه في ثبوت النسب دون ما يضره الا اذا اقام بينة من المسلمين على نسبه فحينئذ يكون كافرا وذكر ابن سماعة عن محمد رح في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني وعليه زي اهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني وذلك ان يكون في رقبته صليب او عليه قميص ديباج او وسط راسه مجزوز انتهى ولا ينبغي ان يجعل قميص الديباج علامة في هذه الديار لان للمسلمين كثيرا ما يلبسونه واذا حكمنا بانه ابن ذمي وهو مسلم فيجب ان ينزع من يده اذا قارب ان يعقل الاديان كما قلنا في الحضانة اذا كانت ام الملتقط كافرة قوله وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة في دار الاسلام كان ذميا لكن قال القدوري رح قال المصنف رح هذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة فان كان مسلما في هذا المكان او في قرية من قرى اهل الذمة او بيعة او كنيسة او كان الواجد ذميا لكن وجده في مكان المسلمين واختلفت الرواية فيه وفي كتاب اللقيط العبرة بالمكان في الفصلين وهو ما اذا كان الواجد مسلما في نحو الكنيسة او ذميا في غيرها في دار الاسلام وعليه مشى القدوري هنا لان المكان سابق والسبق من اسباب الترجيح وفي كتاب الدعوى اختلف النسخ في بعض النسخ اعتبر الواجد في الفصلين وهو رواية ابن سماعة في الفصلين لان اليد اقوى من المكان الا يرى ان الصبي المسبي مع احد الابوين الى دار الاسلام يكون كافرا حتى لا يصلى عليه اذا مات وفي بعض نسخه اي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط اعتبر الاسلام اي ما يصير به الولد مسلما نظرا للصغير ولا ينبغي ان يعدل عن ذلك وعلى هذا لو وجده كافر في دار الاسلام او مسلم في كنيسة كان مسلما فصارت الصور اربعا اتفاقيتان وهو ما اذا وجده مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم او كافر في نحو كنيسة فهو كافر واختلافيتان وهو مسلم في كنيسة او كافر في قرية للمسلمين وفي كفاية البيهقي رح قيل يعتبر بالسيما والزي لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم اي يعرف المجرمون بسيماهم وفي المبسوط لو اختلط الكفار حتى موتانا بموتاهم الفصل بالزي والعلامة فلو تحت التستنبطية فهو منهما شيء لعلم صبيا تاجوليه القرآن يزعم انه مسلم يجب الاخذ بقولهم قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لان الاصل الحرية لما قدمنا الا ان يقيم بينة لا يقال هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لان الملتقط خصم لانه حق بثبوت يده عليه فلا تزول الا ببينة هنا وانما قلنا هنا كيلا ينتقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بلا بينة على الاوجه والفرق ان يده اعتبرت لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي اوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال لحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الا ببينة قوله فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فيكون الابن عبدا والولد حرا لانه يتبع امه في الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه دون ما يضره وعلى ما ذكرنا في دعوى الذمي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه رقه فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك اذا لم يضف ولادته الى امراة امته فان اضاف الى امراته الامة ففيه خلاف بين ابي يوسف رح ومحمد رح ذكره في الذخيرة ان الولد حر عند محمد رح وعند ابي يوسف رح عبد ومحمد رح يقول في دعوى العبد النفع هو النسب وضرر الرق واحدهما ينفصل عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وابو يوسف رح يقول لما صدقناه شرعا في ثبوت النسب يصدق فيما كان من لوازمه شرعا فيحكم برقه تبعا بخلاف الذمي فانه ليس من ضرورته ثبوت كفره لجواز اسلام زوجته وعلى هذا لو قال الذمي انه من زوجتي الذمية لا يصدق في

والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا تصرفه في مال الملتقط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما احدهما قال ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويؤاجره قال العبد الضعيف هذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

قوله والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد يعني اذا ادعياه وهما خارجان لما قدمنا انه اذا كان الملتقط ذميا ادعاه مع مسلم خارج رجح عليه وكذا اذا ادعى الذمي انه ابنه والمسلم انه عبده فهو ابن الذمي لانه يفوز بالنسب والحرية مع الحكم باسلامه ولا كذلك في دعوى رقه الا ان يقيم بينة رقه فيكون رقيقا كما ان الذمي اذا ادعاه ابنا له واقام بينة من المسلمين يكون كافرا ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر انه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لان العبد المحجور لا يد له على نفسه فما في يده كما في يد المولى وكذا لو اقر بعين في يده لآخر وكذبه المولى لا يصح اقراره كما لو كان في يد المولى ولو كان العبد ماذونا في التجارة فالقول قول العبد لان للماذون يدا على نفسه حتى صح اقراره بما في يده لغير السيد وان كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حرا الا ان يقيم سيده بينة انه عبده قوله واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه او دابة هو مشدود عليها فالكل له بلا خلاف اعتبارا للظاهر اي دفع ملك غيره عنه ثم ثبت ملكه في ذلك بقيام يده مع حريته المحكوم بها وقوله لما ذكرنا يريد قوله اعتبارا للظاهر ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع اي لا حافظ له ومالكه وان كان معه فلا قدرة له على الحفظ وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وكذا الغير الواجد بامره والقول قوله في نفقة مثله وقيل له صرفه عليه بغير امر القاضي ايضا لانه للقيط كما حكمنا به وللواجد الانفاق وشراء ما لا بد له منه من الطعام والكسوة لانه من الانفاق وشراء ما لا بد له عطف على ولاية من قوله وله ولاية الانفاق اي للواجد ولاية الانفاق وله شراء ما لا بد للقيط منه فيه قال المصنف رحمه الله ولا يجوز للملتقط تزويج اللقيط واللقيطة لانعدام سبب ولاية الانكاح من القرابة والملك والسلطنة وبلا خلاف ولا تصرفه في ماله ببيع ولا شراء شيء ليستحق بالثمن دينا عليه لان الذي اليه ليس الا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك اعتبارا بالام فانها لا تجوز لها ذلك مع انها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة فعدم ملكه لذلك اولى وهذا اي عدم تصرف كل من الام والملتقط بالبيع ونحوه لان ولاية التصرف انما هو لتثمير المال وذلك انما يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة الموجود من كل منهما احدهما لان في الام شفقة كاملة مع قصور في الرأي وفي الملتقط رأي كامل مع قصور شفقته لعدم القرابة ونظير ما ذكره المصنف رحمه الله هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة اذا بلغت وقد زوجها غير الاب والجد من كتاب النكاح قوله ويجوز ان يقبض اي الملتقط للقيط الهبة والصدقة عليه لانه نفع محقق ولذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال القدوري رحمه الله ويسلمه في صناعة لانه من باب التثقيف وحفظ حاله عن الشتات وصناعته عن الفساد ثم قال القدوري رحمه الله ويؤاجره لانه من التثقيف يعني التقويم وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية قال المصنف رحمه الله وهو الاصح لانه لا يملك اتلاف منافعه فلا يملك تمليكها فاشبه العم بخلاف الام لانها تملك اتلاف منافعه بالاستخدام والاعارة بلا عوض فبالعوض بالاجارة اولى

فروع ادعاء الملتقطة عبدا له بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق الا ببينة كالخارج ولو ادعاه ذمي واقام بينة من اهل الذمة انه ابنه لا عبرة بها لان نسبه ثبت بمجرد دعواه واثر هذه البينة في كونه كافرا ولا يثبت بذلك ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند احدهما يقضى به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم اولى بحفظه ولانه يعلم احكام الاسلام بخلاف الكافر واذا بلغ اللقيط فاقر انه عبد فلان وفلان يدعيه ان كان قبل ان يقضى عليه بما لا يقضى به الا على الاحرار كالحد الكامل ونحوه صح اقراره وصار عبدا لانه غير متهم فيه وان كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبدا لان فيه ابطال حكم الحاكم ولانه بكذب شرعا في ذلك فهو كما لو كذبه الذي اقر له بالرق ولو كانت اللقيطة امرأة فاقرت بالرق بعد ما كبرت ان كان

كتاب اللقطة

قال اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعاً بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملاً لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس

بعد التزويج صح وكانت امة للمقر له فلا يصدق في ابطال النكاح لان الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم اقر انه عبد لفلان وللامرأة عليه صداق وصداقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين ظهر وجوبه فهو متهم في اقراره هذا وكذا اذا استدان ديناً او بايع الناس اثاثاً او كفل كفالة او وهب او تصدق او سلم او دبر او كاتب او اعتق ثم اقر انه عبد لفلان لا يصدق في ابطال شيء من ذلك لانه متهم وتقدم ان ميراثه لبيت المال فلو ارثه والا رجلاً بعد ما ادرك الملتقط او غيره ان كان قبل ان يتاكد ولاؤه لبيت المال بان جنى جناية وعقله بيت المال فالصحيح لا ينتقل ميراثه عن بيت المال وان كان قبل ذلك جاز وان لم يتاكد لبيت المال فلان يوالي من شاء وصار كالذي اسلم من اهل الحرب له ان يوالي من شاء الا ان يجني فيعقله بيت المال

كتاب اللقطة

هي فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز ونحوه وبسكونها للمفعول كضحكة وهزوة الذي يضحك منه ويهزأ به انما قيل للمال لقطة بالفتح لان طباع النفوس في الغالب تتبادر الى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار انه داع الى اخذه بمعنى خفي لنفسه كانه الكثير الالتقاط مجازاً والا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الاصمعي وابن الاعرابي انه بفتح القاف اسم للمال ايضاً محمول على هذا المعنى ليطلق على المال ايضاً ثم اختلف في صفة رفعها فنقل عن المتقشفة انه لا يحل له لانه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير اذنه وبعض التابعين وبه قال احمد رح يحل والترك افضل اما الحل فلانه عليه الصلوة والسلام لم ينه عن ذلك ولا انكر على فاعله بل امره بتعريفها على ما سنذكر واسند اسحق بن راهويه عنه عليه السلام من اصاب لقطة فليشهد ذوا عدل واما افضلية الترك فلان صاحبها يطلبها في المكان الذي فقدها فيه ولو لم يذكر خصوص المكان فاذا تركها كل احد فالظاهر ان يجدها صاحبها لانه لا بد عادة ان يمر في ذلك المكان مرة اخرى في عمره ولان الظاهر ان سقوطها في اثناء الطرقات التي يمر بها او يجلس في عادة امره وعادة النهار على انه اليه وقيده الطحاوي وغيره بما اذا كان يامن على نفسه فان كان لا يامن تركها ولانه يجوز ان تصل يد خائنة اليها فان غلب على ظنه ذلك ان لم ياخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدا له ان يضعها في مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره قوله واللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه ياخذها ليحفظها فيردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعاً بل هو افضل وظاهر المبسوط اشتراط عدلين الخ واذا كان كذلك يعني اذا كان اشهد واذا كان امانة بان اشهد لا تكون مضمونة عليه فلو هلكت بغير صنع منه لا ضمان عليه كذا اذا صدقه المالك في قوله انه اخذها ليردها عملاً بالتصادق فهما كبينة على انه اخذها ليردها ولو اقر انه اخذها لنفسه ضمنها بالاجماع وان لم يشهد قال اخذتها للرد للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يضمن وبه قال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح وفي شرح الاقطع ذكر محمداً مع ابي يوسف رح والقول له مع يمينه انه اخذها ليردها لان الظاهر شاهد له اذ الظاهر من حال المسلم اختياره الحسبة لا المعصية ولان الاخذ ماذون فيه شرعاً بقيد كونه للمالك فاذا اخذ ان لم يكن الظاهر انه اخذه للمالك فاقل ما في الباب ان يكون مشكوكاً في انه اخذه له او لنفسه فلا يضمن بالشك ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر ابو يوسف رح من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر كون المتصرف عاملاً لنفسه فان قال كون اخذ المال سبباً للضمان اذا لم يكن باذن الشرع فاما باذنه فممنوع واذا لم يثبت ان هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم فالجواب ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد عند الامكان على ما ذكرنا آنفاً من رواية اسحق من اصاب لقطة فليشهد ذوا عدل وهذه الاحتمالات

قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال العبد الضعيف وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وقوله اياما معناه على حسب ما يرى الامام وقدره محمد رح في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رح لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى راي المبتلى به

فيما اذا امكنه الاشهاد واذا لم يمكنه عند الرفع اوخاف انه ان اشهد اخذها منه ظالم فتركه لا يضمن بالاجماع والقول قوله مع يمينه يكون ممتنعا من الاشهاد كذا قال ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه علي او عندي ضالة او شيء فمن سمعتموه الخ فاذا جاء صاحبها فقال هلكت لا يضمن ولا فرق بين كون اللقطة واحدة او اكثر لانه اي اللقطة بتاويل الملتقط اسم جنس ولا يجب ان يعين ذهبا او فضة خصوصا في هذا الزمان قال الحلواني ادنى ما يكون من التعريف ان يشهد عند الاخذ ويقول اخذتها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى فجعل التعريف اشهادا وقول المصنف رح يكفيه من الاشهاد ان يقول الخ يفيد مثله فاقتضى هذا الكلام ان يكون الاشهاد الذي امر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلوة والسلام من وجد لقطة فليشهد ذا عدل او ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء رواه ابو داود وغيره وحجة لنا لا لهما لانه لم يكن عنده ولا يكون قوله ذا عدل ليقيد عند مجيء المالك التعريف اي الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرف بحضرته لا يقبل ما لم يكن عنده والا فالتعريف لا يقتصر على ما يحضره العدول وعلى هذا الخلافية ابي يوسف رح فيما اذا لم يعرفها اصلا حتى ادعى ضياعها وادعى انها كانت عنده ليردها واخذها لذلك وقولهما ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد اي بالتعريف فاذا لم يعرفها فقد ترك ما امره شرعا في الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن انه اخذها لنفسه وعلى هذا لا يلزم الاشهاد اي التعريف وقت الاخذ لا بينة قبل هلاكها ليعرف به انه اخذها للرد لا للنفسه وحينئذ ما ذكر في ظاهر الرواية من انه اذا اخذها ثم ردها الى مكانها لا يضمن من غير تقييد بكونه ردها في مكانها او بعدما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد يظهر انه لم ياخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنه وقيده بعض المشائخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها ثم اعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها اولى والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه مضيعا مال غيره بالطرح بعد التزامه حفظه بالاخذ قوله فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وفسر المصنف رح بحسب ما يرى من الايام من غير تفصيل وذلك انه روي عن ابي حنيفة رح ان كانت مائتين فصاعدا عرفها حولا وان كانت اقل من مائتين الى عشرة عرفها شهرا وان كانت اقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وفيه رواية اخرى قال فيما دون العشرة ان كانت ثلاثة فصاعدا يعني الى العشرة يعرفها عشرة ايام وان كانت درهما فصاعدا يعني الى ثلاثة يعرفها ثلاثة ايام وان كانت دانقا فصاعدا يعرفها يوما وان كانت دون الدانق ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير قال شمس الائمة شيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا اخذ بالرواية التي ذكرنا ما قبلها وهو جيد والظاهر انه انما قدر بتلك التقديرات في القليل لغلبة الظن ان المالك في تلك التقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة الظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكر محمد رح في الاصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي رح واحمد رح لقوله عليه الصلوة والسلام ما سنذكره وكذا روي عن عمر رض وعلي رض وابن عباس رض ووجهه ما ذكر المصنف رح من قوله عليه الصلوة والسلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وفيه الفاظ منها ما رواه البزار عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل ومضمر لا تحل اللقطة اي لا تحل للملتقط تملكها وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سال رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة قال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فان جاء صاحبها فادها اليه وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة فما فوقها في معنى الالف شرعا في تعلق القطع بسرقته وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول الحاقا لها بما فيه الزكوة من المائتين فما فوقها

ينبغي لم يضمن

وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق به وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء صاحبها يعني بعدما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله

احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف شرعا بوجه ففوضنا التعريف فيها الى رأي المبتلى به والمراد بقوله كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ للبخاري عن ابي بن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته بها فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وهذا يقتضي قصر حديث العام على حالة المائة دينار وليس كذلك بل قد ورد الامر بالتعريف سنة من غير حديث مطلقا عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره قوله وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ولا التقدير بالعام ويفوض الى رأي المبتلى بها يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وهذا ذكره شمس الائمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلاث سنين في المائة دينار فانه يعرف به ان ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند الملتقط ان صاحبه يتركه بعد المدة اولى وهذا يختلف باختلاف خطر المال الا ترى ان المال لما كان ذا خطر كبير امره عليه الصلوة والسلام ان يعرفه ثلاث سنين قوله وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى يخاف فساده فيتصدق به قال المصنف وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها فيه وفي الجامع يعني الاسواق وابواب المساجد فينادي من ضاع له شيء فليطلبه عندي واعلم ان ظاهر الامر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف عرفا وعادة وان كان ظرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة لكن يجب حمله على المعتاد من انه يفعله وقتا بعد وقت ويكرر ذلك كلما وجد فرصة وما قدمناه من قول الولوالجي مما يفيد الاكتفاء بالمرة الواحدة وهو من دفع الضمان عنه اما الواجب فان يكررها مرة بعد اخرى قوله وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبه لا يطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة فيجوز الانتفاع بها للواجد فلا تعريف وعنه صلى الله عليه وسلم انه رأى تمرة على الطريق فقال لولا اخشى ان تكون من تمر الصدقة لاكلتها ولا يعلم خلاف فيه بين العلماء ولكن تبقى على ملك مالكها حتى اذا وجدها في يده له اخذها لان الاباحة لا تخرجه عن ملك مالكه وانما كان القاؤها اباحة لا تمليكا لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر شيخ الاسلام انها لو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك اخذها لانه لا يصير ملكا له بالجمع وعلى هذا التقاط السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد وفي غير موضع تقييد هذا الجواب اعني جواز الانتفاع بها بما اذا كانت متفرقة فان كانت مجتمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه ما القاها واعرض عنها بل سقطت منه او وضعها ليرفعها وعن ابي يوسف رح لو جز صوف شاة ميتة كان له ان ينتفع به ولو وجد صاحبها الشاة في يده كان له ان يأخذه منه ولو دبغ جلدها كان لصاحبها ان يأخذها بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ وفي الخلاصة والتفاح والكمثرى والحطب في الماء لا بأس باخذه قوله فان جاء صاحبها اخذها والا تصدق بها او اكلها ان كان فقيرا او استقرضها باذن الامام وتملكها ان شاء وان شاء امسكها ابدا حتى يجيء صاحبها واذا خشي الموت يوصي بها كيلا تدخل في المواريث ثم الورثة ايضا يعرفونها ومقتضى النظر انهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها ان يضمنوا لانهم وضعوا ايديهم على لقطة ولم يشهدوا اي لم يعرفوا ويغلب على الظن بذلك ان قصدهم تمولها ويجري فيه خلاف ابي يوسف رح وسيأتي الخلاف في ذلك في آخر الباب فان جاء صاحبها بعد التصدق فهو يأخذ بخيارات ثلاث ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه اي باذن المالك وحصول الثواب للانسان يكون بفعل مختار له ولم يوجد ذلك قبل لحوق الاذن والرضا فبالاجازة والرضا يصير كانه فعل بنفسه رضاه بذلك فان قيل كيف تلحقه الاجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون مجيء المالك بعد استهلاك الفقير لها اجاب بان ذلك فيما تتوقف فيه الملك على الاجازة

قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما بينا واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كانت للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين او ثلاثة ايام على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله عنه وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول له القاضي انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع اذا كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم يبع اللقطة واذا بيع اللقطة فللملتقط ان يرجع في الثمن ... فاذا حضر المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس

كما في بيع الفضولي اما هنا فالملك يثبت قبل ذلك شرعا لان الامر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا لفيد مقصوده دون ملك المتصدق عليه واذا ثبت الملك قبلها ومعلوم انه يطلق للتصرف وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها كما ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل لثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعا اجماعا حتى ينتقل اليه الثواب وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه فان قلت لكنه باذن الشرع واباحته منه قلت الثابت من الشارع اذنه في التصدق لا ايجابه وهذا القدر لا ينافي وجوب الضمان حقا للعبد كما في اذنه في تناول مال الغير عند المخمصة والمرور في الطريق مع ثبوت الضمان فاذا جاز ان يثبت اذنه مقيدا به كما ذكرنا وجب ان يثبت كذلك لان الاصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير اذنه وان شاء ضمن المسكين اذا كان المدفوع اليه هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه فان قلت اذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها باذن الشرع فكيف يسترجعها اجيب بانه لا مانع من ثبوت الملك باذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كما في الهبة والمرتد الراجع من دار الحرب مسلما بعد اخذ الورثة ماله بعد الحكم باللحاق واذا كان كذلك يجعل كذلك عند عدم اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله ونقل عن القاضي ابي جعفر من انه انما يرجع على الملتقط اذا تصدق بغير امر القاضي اما اذا كان بامره فلا يرجع رده بانه خلاف المذهب فانه لو تصدق القاضي بنفسه كان للمالك ان يضمنه اذا جاء فضلا عن الملتقط المتصدق بامره وهذا لان القاضي ناظر للغيب في اموالهم حفظا لها لا اتلافا فلا ينفذ من اتلافه الا ما لزمه شرعا القيام به والتصدق ليس كذلك **قوله** ويجوز الالتقاط في الشاة والبقرة والبعير وقال مالك والشافعي واحمد اذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة واباحة الالتقاط مخافة الضياع اذا كان معها ما يدفع عن نفسها كالقرن مع القوة في البقر والرفس مع الكدم وزيادة القوة في البعير والفرس تقل ظن الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة في الاخذ والندب الى الترك هذا ولكن كلامهم يقتضي الخلاف في جواز الاخذ وحله وهو الظاهر ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة لكن هذا قياس معارض بما روى اصحاب الكتب الستة كلهم عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني قال جاء رجل سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قلت فضالة الغنم قال لك او لاخيك او للذئب وفي الصحيح قال خذها فانما هي لك او لاخيك او للذئب قال فضالة الابل قال ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها وروى ابو داود عن جرير بن عبد الله انه امر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يؤوي الضالة الا ضال وقال عليه الصلوة والسلام ان ضالة المسلم حرق النار رواه الجماعة ورواه في المبسوط بان ذلك كان اذ ذاك لغلبة اهل الصلاح والامانة لا يصل اليها يد خائنة فاذا تركها وجدها فاما في زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة اليها بعده ففي اخذها احياؤها وحفظها على صاحبها فهو اولى ومقتضاه ان غلب على ظنه ذلك ان يجب الالتقاط وهذا حق فانا نقطع بان مقصود الشارع وصولها الى ربها وان ذلك طريق الوصول فاذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ والرد واقصى ما فيه ان يكون عاما في الاوقات خص منها بعض الاوقات بضرورة العقل من الدين فلم يتأيد بحديث عياض بن حمار انه عليه الصلوة والسلام سئل عن الضالة فقال عرفها فان جاء ربها والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء فبايد شبهة زيادة بعدم الوجه **قوله** فان انفق

الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك عن ان يشغلها بالدين بلا امره وان انفق بامره كان دينا عليه لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما بين الآن فاذا رفع الى الحاكم فان كان للبهيمة منفعة وثمن يستأجرها انفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين

قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجئ صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا
قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه
فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا

على مالك مالكها بلا الزام دين عليه كما يفعل بالعبد الآبق وان لم تكن له منفعة او لم يجد من يستاجرها وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر
بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة فان الثمن يقوم مقام العين اذ يصل به الى مثله في الجملة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن
له في ذلك وجعل النفقة دينا عليه اذ فيه نظر من الجانبين جانب المالك بابقاء عين ماله وجانب الملتقط بالرجوع قال المشايخ انما يأمر بالانفاق
يومين او ثلاثة على قدر ما يرجى ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة للعين معنى بل ربما تذهب العين ويفضل
الدين على مالكها ولا نظر في ذلك اصلا بل ينبغي ان لا ينفذ من القاضي ذلك لو امر به للتيقن بعدم النظر واذا باعها اعطى الملتقط من ثمنها ما انفق
في اليومين او الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه بعلم القاضي وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه وللقاضي
ان يعينه عليه ولو باعها بغير امر القاضي لا ينفذ ويتوقف على اجازة المالك فان جاء وهي قائمة في يد المشتري فان شاء اجاز البيع وان شاء
ابطله واخذها من يده وان جاء وهي هالكة فان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لان ملك اللقطة
من حين اخذها وان كان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة وفي الاصل يعني المبسوط يشترط البينة فانه قال فان كان رفعها الى القاضي واقام
بينة انه التقطها امره ان ينفق وصححه المصنف ره لانه يحتمل انه غصبها ولا يأمر بالنفقة الا في الوديعة وهذه البينة لكشف الحال اي ليتكشف للقاضي
انه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج الى خصم لم يذكره في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها وان قال الملتقط لا بينة لي يقول له انفق عليها
ان كنت صادقا وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي الثقات بان يقول امرته بالانفاق او البيع ان كان الامر كما قال وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا
على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع اذا شرط القاضي ذلك وهذه رواية وهو الاصح وقيل يرجع بمجرد امره وقد مر في اللقيط واذا حضر المالك فللملتقط
ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك منه فاشبه المبيع منه او قرب من ذلك رد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل
لما ذكرنا من التشبيه بالمبيع ولا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن من
حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله له ان يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط عن الموكل ولو هلك بعده سقط لانه كالرهن
بعد اختيار الحبس كذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحافظ الدين في الكافي ايضا فيفهم انه المذهب وجعل القدوري هذا قول زفر ره قال في التقريب
قال اصحابنا لو انفق على اللقطة بامر القاضي وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر ره لانها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه
فيها ولا تعلق لها اي بالعين حقا يوجب الضمان وصرح في الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال لو انفق الملتقط على اللقطة بامر الحاكم وحبسها
ليأخذ ما انفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر ره وحاصل الوجه المذكور في التقريب نفي الحكم اعني السقوط لعدم دليل السقوط
فان الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهنا ليسقط بهلاكها اذ لم يثبت ولها عقد الرهن والمصنف ره اوجد الدليل وهو الالحاق بالرهن وان لم يكن
رهنا حقيقة لكن النقل كما رايت واما ما نقل عن ابي يوسف ره انه ليس له حبسها اصلا فابعد قوله ولقطة الحل والحرم سواء وبه قال مالك ره واحمد ره والشافعي ره
في قول وفي قول يعرفها ابدا حتى يجئ صاحبها لا حكم لها سوى ذلك من تصدق ولا تملك لقوله عليه الصلاة والسلام فيما ثبت في الصحيحين من او تملك
حديث ابي هريرة رض لما فتح الله مكة قام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانها
لم تحل لاحد قبلي وانما احلت لي ساعة من نهار وانها لا تحل لاحد بعدي لا ينفر صيدها ولا يختلى شوكها ولا تحل ساقطتها الا لمنشد والحديث المنشد المعرف والناشد الطالب

وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء
وقال مالك والشافعي يجبر والعلامة مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما أن صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه
في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا أن اليد حق مقصود كالملك
فلا يستحق إلا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك إلا أنه تحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها وعرف
عفاصها وعددها فادفعها إليه وهذا للإباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا إذا
كان يدفعها إليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده وإذا صدقه قيل لا يجبر
على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه وقيل يجبر لأن المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا

قال المتقب ليسح للنبات اسماعه اشاعه المنشد الناشد فيروى بصيغ وهو معناه والفعل من الأول أنشد الضالة ينشدها إنشادا إذا
عرفتها ومن الثاني أنشد تها انشد ها نشدا ونشدانا بكسر النون إذا طلبتها ولنا إطلاق قوله عليه الصلوة والسلام في حديث زيد بن خالد
الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال اعرف عفاصها أي وعاءها من جلدة أو خرقة ونحوها ووكاءها أي رباطها الذي شدت به وعرفها سنة وتقدم فإما أن يقضي
العام على الخاص وإما أن يتعارضا فيحمل كل على محمل وهو أولى لكن لا تعارض لأن معناه لا يحل الالتقاط إلا لمن يعرف ولا يحل لنفسه تخصيص مكة حينئذ لرفع وهم سقوط
التعريف بها بسبب أن الظاهر أن ما وجد بها من لقطة والظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر إباحته فبين عليه الصلوة
والسلام أنها كغيرها من البلاد في وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم أنه عليه الصلوة والسلام نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني تركها حتى يجيء صاحبها
ولا عمل على هذا في هذا الزمان لفشو السرقة بمكة من حوالي الكعبة فضلا عن المتروك والأحكام إذا علم شرعيتها باعتبار شرط ثم علم ثبوت ضرره متضمنا مفسدة
تبقى بتقدير شرعيته معه علم انقطاعها بخلاف ما علم شرعيتها بسبب إذا علم انتفاؤه ولا مفسدة في البقاء فإنه لا يلزم ذلك كالرمل والاضطباع في الطواف لإظهار
الجلادة قوله فإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي رح
وأحمد رح يجبر وإعطاء علامتها أن يخبر عن وزنها وعددها ووكائها ووعائها ويصيب في ذلك والحق أن قول الشافعي كقولنا والموجب للدفع مالك وأحمد واحتجوا بقوله عليه الصلوة والسلام
فيما أخرج مسلم في حديث أبي بن كعب فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فأعطها إياه وإلا فاستمتع بها وأخرجه أيضا عن زيد بن خالد الجهني وفيه فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها
وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهي لك وأيضا فإن صاحب اليد وهو الملتقط إنما ينازعه في اليد لا في الملك لأنه لا يدعيه فكانت منازعة من وجه دون وجه
فيشترط ما هو حجة من وجه لا من كل وجه وهي الوصف المطابق وذلك فاكتفي به لا يشترط البينة لعدم منازعته في الوجهين جميعا ولنا أن اليد حق مقصود كالملك حتى
أن غاصب المدبر يضمن قيمته ولم يفت غير اليد فيكون مثله لا يستحق إلا بالبينة غير أنا أبحنا له الدفع عند إصابة العلامة بالحديث الذي رووه بناء على أن
الأمر فيه للإباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر ويأتي إن شاء الله تعالى في الدعوى
والمدعي هنا صاحب اللقطة فعليه البينة ثم إذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه كفيلا استيثاقا قال المصنف وهذا بلا خلاف لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل
لوارث غائب عنده أي عند أبي حنيفة رح فيما إذا قسمت التركة بين الغرماء والورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عنده وعندهما يؤخذ والفرق لأبي حنيفة
أن حق الحاضر هنا غير ثابت فيمكن أن يكون المالك غيره فيخفى ويتوارى الآخذ فيحتاط بالكفيل بخلاف الميراث فإن حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره أيضا له
حق أمر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت إلى زمان تحصيل الكفيل لحق موهوم وهذا يدل على أن دفع الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلا وهو الصحيح
وذكر في جامع قاضيخان أن فيه روايتين والصحيح أنه لا يؤخذ وأورد على المصنف أنه نفى الخلاف في التكفيل في اللقطة وقال في فصل القضاء في
المواريث فيه أي في أخذ الكفيل عند دفع اللقطة روايتان والأصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة رح لا يأخذ وعلى قولهما يأخذ هذا إذا دفعه بمجرد العلامة
فإن صدقه مع العلامة أو لا معها فلا شك في جواز دفعه إليه لكن هل يجبر قيل يجبر كما لو أقام بينة وقيل لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه المودع لا يجبر على إعطاء
على دفعها إليه ودفع بالفرق بأن المالك هنا غير ظاهر أي المالك لا يأخذ لهذه اللقطة التي صدق في اللقطة مدعيها غير ظاهر والمودع في مسئلة الوديعة مالك ظاهر
وإنما أقر للحاضر بحق قبضها وإقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه إقباضه لأنه إقرار على ملك غيره وإذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وجاء آخر وأقام
البينة أنها له إن كانت قائمة في يد المدعي قضي له بها وهو ظاهر وإن كان هالكا خير بين أن يضمن القابض أو الملتقط فإن ضمن القابض

ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة وإن كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام في حديث أبي رضي الله عنه فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها وكان من المياسير ولأنه إنما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص والإباحة للفقير لما رويناه أو بالإجماع فيبقى ما وراءه على الأصل والغني محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضي الله عنه كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه وإن كان الملتقط فقيرا فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وإن كان هو غنيا لما ذكرنا والله أعلم

لا يرجع على أحد وإن ضمن الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الإمام أحمد فيما إذا كان الدفع بتصديقه وفي رواية يرجع وهو الصحيح ووجه قول أحمد أن الملتقط اعترف أنه مالكها وصاحب البينة ظالم بتضمينه فلا يظلمه هو وصار كالمودع إذا صدق الوكيل بالقبض ودفع إليه ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه أن الوكيل قبضه بأمره والمودع ظالم في تضمينه ولنا أنه وإن صدقه في الملك لكنه لما قضي بالملك للمدعي بالبينة فقد صار مكذبا شرعا بتكذيب القاضي فبطل إقراره وصار كأنه دفع بلا تصديق ثم ظهر الأمر بخلافه وصار كإقرار المشتري بالملك للبائع إذا استحقه غيره بالبينة فقضي له يرجع على البائع ومثل هذا يجري في إقراره بأنه وكيل المودع والذي فرق به في المبسوط أن في زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع في قبضه له بأمره وليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم لا يظلم غيره وهنا في زعمه أن القابض عامل لغيره وأنه ضامن إذا أثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن انتهى

قوله ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور به هو الصدقة لقوله عليه الصلاة والسلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة والحديث الذي ذكره هو ما رواه البزار في مسنده والدارقطني عن يوسف بن خالد السمتي ثنا زياد بن سعد عن السمني عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فإن جاء صاحبه فليرده إليه وإن لم يأت فليتصدق به فإن جاء فليخيره بين الأجر وبين الذي له وفيه يوسف بن خالد السمتي وليس للملتقط إذا كان غنيا أن يتملكها بطريق القرض إلا بإذن الإمام وإن كان فقيرا فله أن يصرفها إلى نفسه صدقة أو قرضا فيكون فيه للمالك أجر الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك لحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ولهذا جاز دفعها إلى فقير غير الملتقط وإن كان أب الملتقط أو ابنه أو زوجته وإن كان الملتقط غنيا لما ذكرنا من تحقيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له أن يتملكها وإن كان غنيا بطريق القرض غير مفتقر إلى إذن الإمام لقوله عليه الصلاة والسلام فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فاستمتع بها قالوا وأبي كان من المياسير بدليل ما في بعض رواياته أنه عليه الصلاة والسلام قال وإلا فهي كسبيل مالك فشأنك بها إلا أنا لا نعلم هذه الرواية ليس فيها أن الخطاب لأبي بل فيها ما في مسلم عن أبي بن كعب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة عرفها سنة فإن جاء أحد يخبرك وإلا فهي كسبيل مالك فظاهره أنه يحكي قوله للسائل ليساله وجاز كون ذلك كان فقيرا وهنا ما يدل على فقر أبي في حينه عليه الصلاة والسلام وهو ما في الصحيحين عن أبي طلحة قلت يا رسول الله إن الله تعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وإن أحب أموالي إلي بيرحاء فما ترى يا رسول الله فقال اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان وهذا صريح في أن أبيا كان فقيرا لكنه يحتمل أنه أيسر بعد ذلك إلا أن قضايا الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال يسقط بها الاستدلال وأما ما في حديث زيد بن خالد جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف إلى أن قال وإلا فشأنك بها وفي رواية فهي لك فهو أيضا من قضايا الأحوال المتطرق إليها الاحتمال إذ يجوز كون السائل فقيرا ولو سلم أن الخطاب لا يخرج عن قضايا الأحوال إذ المال لا يلزم كونه نصابا وكونه خاليا عن الدين ولو كان نصابا فجاز كونه أقل من النصاب وكونه مديونا قالوا ولو كانت اللقطة لا تحل للملتقط إلا بطريق الصدقة فيمتنع إذا كان غنيا لما أكلها علي رضي الله عنه وهو لا تحل له الصدقة وقد أمره عليه الصلاة والسلام بأكلها فيما أخرج أبو داود عن سهل بن سعد أن علي بن أبي طالب دخل على فاطمة والحسن والحسين يبكيان فقال ما يبكيهما قالت الجوع فخرج علي فوجد دينارا في السوق فجاء فاطمة فأخبرها فقالت اذهب إلى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي فقال اليهودي أنت ختن هذا الرجل الذي يزعم أنه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم قال فخذ دينارك والدقيق لك فخرج علي حتى جاء فاطمة فأخبرها فقالت اذهب إلى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحما فذهب فرهن الدينار بدرهم لحم فعجنت وخبزت وأرسلت إلى أبيها فجاءهم فقالت يا رسول الله أذكر لك فإن رأيته حلالا أكلناه ومن شأنه

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل فى حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتى به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ولو دفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال

ويكذا فقال كلوا بسم الله فاكلوا فبينما هم كانهم اذا غلام ينشد الله تعالى والاسلام الدينار فامر النبى صلى الله عليه وسلم به فدعا فسأله فقال سقط منى فى السوق فقال عليه الصلوة والسلام يا على اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك ارسل الى الدينار ودرهمك على فارسل به فدفعه عليه الصلوة والسلام الى الغلام قلنا هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه انفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه وقول المنذرى لعل تاويله ان التعريف ليس له صفة يعتمد بها فمراجعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ملأ من الخلق اعلان به وهذا يؤيد الاكتفاء بالتعريف بمرة غير ظاهر فانه لم يذكر له ذلك الا بعد ان اشتروا وخبزوا واحضروه صلى الله عليه وسلم على الاكل ثم يجب الحكم بان عليا عرفه قبل ان ياتى به الى فاطمة وان لم يذكر وقد رواه عبد الرزاق واسحق بن راهويه والبزار وابو يعلى الموصلى وفيه انه اتى به النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة ايام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فاخبر النبى صلى الله عليه وسلم فقال شأنك به وفيه دليل المختار شمس الائمة من ان التقدير بحول وغيره ليس بلازم بل الى ان يسكن نفسه الى ان طالبه قطع نظره عنه وفى سنده ابو بكر بن عبد الله قال البزار على الظن هو عندى ابو بكر بن عبد الله بن ابى سبرة وهو لين الحديث قال ابنه عبد الحق هو متروك والحق ان الحديث ضعيف من جهة الاضطراب ان فى الرواية الاولى من انهم انما اعلموه بعد ما اشتروا وصار مهيئا للاكل يناقض ما فى الثانية من انه اعلمه فامره بتعريفه ثم امره باخذه وفى الاول انه دفع عينه للمنشد وفى الثانية انه جعله دينا عليه وقال اذا جاءنا اديناه اليك وغير ذلك والاضطراب موجب للضعيف ثم لو سلمنا حجيته مكان الثابت به انه استقراضه باذن الامام جائز وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت بعد جواز انتفاعه الملتقط الغنى فلما سلمنا ضعف حديث ابى هريرة فى الصدقة بناء على تضعيف السمنى كفانا جواز التصدق بالاجماع ثم هو يثبت ان للملتقط حكما آخر ونحن نطالبه فى اثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء +

كتاب الاباق

كل من الاباق واللقيط واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف الا ان التعرض له بالفعل فاعل مختار فى الاباق فكان الانسب تعقيبه للجهاد بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفى اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب الاباق فى اللغة الهرب ابق يابق كضرب يضرب الهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصدا نعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه بجهله بالطريق اليه **قوله** الابق اخذه افضل من تركه فى حق من يقوى عليه اى يقدر على حفظه حتى يصل الى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم فى هذا خلاف ويمكن ان يجرى فيه التفصيل فى اللقطة بين ان يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم ياخذه مع قدرة تامة عليه فيجب اخذه اولا فلا واختلف فى اخذ الضال قيل اخذه افضل لما فيه من احياء النفس والتعاون على البر وقيل تركه لانه لا يبرح مكانه فينتظر المولى حتى يجده ولا يخفى ان انتظاره فى مكان غير متحرج عنه ليس هو الواقع بل يجد الضلال يدورون متحيرين ثم لا شك فى ان محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه اما اذا علمه فلا ينبغى ان يختلف فى فضيلة رده واخذه **قوله ثم** اخذ الابق ياتى به الى السلطان او القاضى فيحبسه منعا له عن الاباق لانه لا يستطيع حفظه عن اباقه من الاخذ الا بذلك عادة بخلاف اللقطة اما لو فرض قدرته على ذلك لا يحتاج الى السلطان وبهذا الاعتبار خيره الحلوائى بين ان ياتى به السلطان او يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الابل وغيرها واذا حبس الامام الابق فجاء رجل وادعاه واقام بينة انه عبده يستحلفه بالله انه باق الى الآن فى ملكه لم يخرج ببيع ولا هبة فاذا حلف دفعه اليه وهذا الاحتمال

قال ومن رد ابقا على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي رح لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولا الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الابق لانه لا يتوارى والابق يختفي

انه عرض بعد علم الشهود وثبوت ملكه على وجه زوال السبب لا يعلمونه واما استحلافه مع عدم خصم يدعي الصيانة قضائه عن الخطار ونظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتري وموهوب له ثم اذا دفعه اليه عن بينة ففي اولويته اخذ الكفيل وتركه روايتان فكما يدفعه بالبينة يدفعه باقرار العبد انه له ويأخذ من المدفوع اليه هنا كفيلا رواية واحدة وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه فيرده في بيت المال بخلاف اللقيط لا يؤخذ منه اذا كبر ما لبيت المال لانه كان استحقه لفقره وعجزه عن الكسب بخلاف مالك العبد واذا لم يجئ للعبد طالب وطالت مدته باعه القاضي وامسك ثمنه بعد اخذ ما انفق لبيت المال منه فان جاء مالكه واقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا يأخذه ولا ينتقض بيع القاضي لانه بحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يؤاجره وينفق عليه من اجرته لانه لا يخشى ان انفلت ما يخشى الابق فيحتفظ ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يؤاجره وينبغي ان يقدر الطول بثلاثة ايام كما تقدم في الضالة الملتقطة لان دارة النفقة مستاصلة ولا نظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر **قوله** ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما فضة بوزن سبعة مثاقيل وان رده لاقل من مسيرة سفر فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط بان يقول من رد على عبدي فله كذا كما اذا رد بهيمة او عبدا ضالا وجه القياس انه متبرع بمنافعه في رده ولو تبرع بعين من اعيان ماله لا يستوجب شيئا فكذا اذا اوفى بمنافعه وهو قول مالك واحمد في رواية فالى في وجه الاستحسان ان اجماع الصحابة على اصل الجعل الا ان منهم من اوجب الاربعين ومنهم من اوجب دونها وذلك انه اذا اظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره احد وذلك ان محمدا روى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت عند ابن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم باباق من الفيوم فقال القوم لقد اصاب اجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء من كل رأس اربعين ورواه ابو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه ايضا وروى عبد الرزاق في مصنفه قال اخبرنا سفيان الثوري عن ابي رباح عبد الله بن رباح عن ابي عمرو الشيباني قال اصبت غلمانا اباقا بالعين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة قلت هذا الاجر فما الغنيمة قال اربعون درهما من كل رأس وروى ابن ابي شيبة ثنا محمد بن يزيد عن ايوب عن ابن العلاء عن قتادة وابي هاشم عن عمر رض قضى في جعل الابق باربعين درهما وروى ايضا عن وكيع ثنا سفيان عن ابي اسحق قال اعطيت الجعل في زمن معاوية اربعين درهما وروى ايضا ثنا يزيد بن هارون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر رض جعل في جعل الابق دينارا او اثنى عشر درهما وروى ايضا عن يزيد بن هارون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي انه جعل في جعل الابق دينارا او اثنى عشر درهما واخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عبد الابق يوجد في خارج الحرم بدينار او عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القريب لا قدر مسيرة سفر عنه وعن هذا روى عن عمار ان اخذه في المصر فله عشرة وان اخذه خارج المصر فله اربعون لعله اعتبر الحرم كالمكان الواحد وقول المصنف الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها يريد به ما عن عمر وعلي وقد علمت الرواية عن عمر ايضا ان الجعل اربعون وسنده احسن من الاخرى والرواية عن علي مضعفة بالحارث المذكور وكانت رواية ابن مسعود اقوى الكل فرجحناها وكذا قال البيهقي في سننه هو امثل ما في الباب وانما يؤخذ بالاقل اذا تساوى لا كثرة في القوة وقيل انما يؤخذ به اذا لم يمكن التوفيق بين الاقاويل وهنا يمكن اذ يحمل روايات الاربعين على رده من مسيرة السفر وروايات الاقل على ما دونها ويحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر والتلفيق الضم لفقت الثوب لفقته اذا ضممت شقة الى شقة ولان نصب المقادير

الى ابانه

وتقدير الرضخ في رده عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى راى القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هو اقل مدة السفر قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال رضي الله عنه وهذا قول محمد وقال ابو يوسف له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينحط عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينتقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رده بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب

لا يعرف الا سماعا فكان للموقوف على الصحابة حكم المرفوع واصحها حديث ابن مسعود فهو اولى لكونه مثبتا للزيادة وزيادة العدل مقبولة راجح ولا يخفى ان هذا لان ايجاب اصل الجعل حامل على الرد اذ الحسبة وهو رده احتسابا بعند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادر فشرع للمصلحة الراجعة الى العباد من صيانة اموالهم عليهم وتقدير الجعل انما يدرى بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع الحاقه به قياسا ودلالة اما قياسا لان الحاجة الى صيانة الضال في رده دون ما في رد الآبق لما في رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته كيلا يابق ثانيا واما دلالة فليس في رد الضال منه شيء ولو كان الآبق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر التنصيب فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر ان ياخذه حتى يعطى تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا بهذا كله اذا رده بلا استعانة فلو ان رجلا قال لآخر ان عبدي قد ابق فاذا وجدته فخذه فوجده فرده ليس له شيء لان مالكه استعان به ووعده الاعانة والمعين لا يستحق شيئا وقوله وعنه فيما دونه اي اوجبنا ما دون الاربعين فيما دون السفر كان ذلك لانا اما عرفنا ايجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدار وذلك هو الواجب فاذا حملنا بعضه على ما دون السفر صح كان ذلك حكما بالايجاب فيما دون السفر لانه ما ذكر ذلك الا على انه واجب **قوله** وتقدير الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما اي المالك والراد اي يفوض الى راى القاضي بتقديره على حسب ما يراه قال وهذا هو الاشبه بالاعتبار وقال بعض المشايخ يقسم الاربعون على الايام الثلاثة لكل يوم ثلاثة عشر وثلث **قوله** وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال المص وهذا قول محمد وهو قول ابي يوسف رح الاول وقال ابو يوسف رح آخرا له اربعون وان كانت قيمته درهما واحدا ولم يذكر قول ابي حنيفة رح في عامة كتب الفقه وذكر في شرح الطحاوي مع محمد رح وجه ابي يوسف رح ان التقدير بها ثبت بالنص اي قول ابن مسعود وعمر رض ووجب اتباعها والمراد بالنص اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما لوجوب حمل قول من نقص منها على ما نقص من السفر فلا ينقص عنها ولمحمد ان المقصود من ايجاب الجعل حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينتقص منه درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة اي فائدة ايجاب الجعل فتعيين الدرهم لان ما دونه كسور وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ويحيى ماليته له اما باعتبار الرقبة كما في المدبر او باعتبار الكسب كما في ام الولد لانه عنده لا مالية فيها عنده لكنه احق باكسابها ولو رده بعد مماته لا جعل له فيهما لانهما يعتقان بالموت فيقع ردهما لا مملوك على مالكه فهذا في ام الولد ظاهر وكذا المدبر ان كان يخرج من الثلث لانه يعتق بالموت اتفاقا وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير كالمكاتب لانه يسعى في قيمته ليعتق ولا جعل في رد المكاتب لان المولى لا يستفيد برده ملكا بل استفاد بدل الكتابة فكان كغريم لو رده غريم لا يستحق شيئا بخلاف القن **قوله** ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل له وقيد في عياله ان رجع الى الراد او الى الابن اقتضى ان تقييد نفي الجعل اذا كان الراد ابا بكونه في عيال المالك اي في نفقته ومؤنته وهو غير صحيح لان الابن لا يستوجب جعلا سواء كان في عيال ابيه المالك او لا وحاصله ان الراد ان كان ولد المالك او احد الزوجين على الآخر او الوصي لا يستحق جعلا مطلقا اما الولد فلان الراد كالتابع من المالك من وجه وباعتباره يجب وكالاجير من وجه لانه من باب الخدمة والاب اذا استأجر ابنه ليخدمه لا يستحق عليه اجرة لان خدمته واجبة على الابن فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك وهذا القيد عدم الوجوب وان لم يكن في عياله فاذا كان في عياله فبطريق الاولى

قال وان ابق من الذي رده فلا شئ عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ انه لا شئ له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك
ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذلك اذا مات في يده لا شئ عليه لما قلنا **قال** لو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق
كما في العبد المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز **قال** وينبغي اذا اخذه
ان يشهد انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه عليه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه
اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء
الثمن فان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيا ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن
لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء

واما احد الزوجين فان كان زوجا فالقياس يجب وفي الاستحسان لا يجب لان العادة ان يطلب الزوج عبد امرأته تبرعا في العرف لانه ينتفع به والثابت عرفا كالثابت نصا وان كان زوجة فلا يجب لهذا ولان الزوجة الخدمة بمنعها منه لانها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ولذا لو استأجرها لتخدمه لا يجب لها شئ واما الوصي فانما لا تستحق الجعل برد عبد اليتيم لانه من الحفظ وشان الوصي ان يحفظ ماله وان كان غيرهم من الاب وباقي الاقارب فان كانوا في عيال المالك لا يجب لهم وان لم يكونوا في عياله وجب لهم لان العادة والعرف ان الانسان انما يطلب الابق لمن في عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا بخلاف ما اذا لم يكونوا في عياله لان التبرع ح لم يوجد نصا ولا عرفا **قوله** وان ابق من الذي يرده فلا شئ عليه اي لا ضمان على الراد وفي بعض نسخ القدوري لا شئ له اي لا جعل للراد وكل منهما صحيح وكذا اذا مات عنده الا ان نفي الجعل يصح بلا شرط لان الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك لانه باباقه كالهالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به بالرد وكانه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبائع اذا هلك في يده او ابق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفاء الضمان يشترط ان يكون اشهد على قول ابي حنيفة رح ومحمد لانه ح صار امانة عنده كما في اللقطة وقال ابو يوسف رح لا ضمان عليه اشهد او لم يشهد اذا قال اخذته لارده والقول قوله في جميع ذلك مع يمينه اذا علم انه كان ابقا فلو انكر المولى اباقه فالقول له لان سبب الضمان وهو اخذ مال الغير بغير اذنه ظهر من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو اذن الشارع باباقه والمالك منكر وكذا لا يجب الجعل اذا جاء به وانكر المولى اباقه الا ان يشهد شهود انه ابق من مولاه او يشهدوا على اقرار المولى باباقه **قوله** ولو اعتقه المولى كما لقيه اي راه قبل قبضه يصير بالاعتاق قابضا فيجب الجعل كما في العبد المشتري اذا اعتقه قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن وكذا اذا باعه المولى من الراد قبل قبضه يصير به قابضا لسلامة بدله وهو الثمن له فان قيل للرد حكم البيع من المالك فبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع ما لم يقبض وهو لا يجوز اجاب بقوله لكنه بيع من وجه لا من كل وجه فلا يدخل تحت النهي المطلق عن بيع ما لم يقبض فجاز واورد ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمات اجاب بان هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها وهذا لانه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لانه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة **قوله** وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده قال المص فالاشهاد حتم فيه اي في اخذ الابق عليه اي على الاخذ على قول ابي حنيفة رح ومحمد وفسر بعضهم حتم بانه واجب تساهل والا يلزم بتركه استحقاق العتاب ويقطع بانه اذا اخذه يقصد الرد على المالك واتفق انه لم يشهد لا اثم عليه وانما الاشهاد شرط عندهما خلافا لابي يوسف لاستحقاق الجعل وبسقوط الضمان ان مات عنده او ابق لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه الراد من الآخذ او اتهبه منه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه فانه بالشراء او الاتهاب قاصد التملك ظاهرا فيكون عاصيا في حق سيده فرده لاسقاط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا لو اوصى له به او ورثه في كل ذلك يكون قابضا لنفسه فيضمنه فاذا رده لا جعل له لانه رده لنفسه لانه ليسقط الضمان عن نفسه الا ان يشهد عند الشراء من الآخذ انه انما اشتريته لارده على مالكه لانه لا يقدر على رده الا بالشراء فح له الجعل ولا يرجع على السيد بشئ من الثمن لانه متبرع به كما لو انفق عليه بغير اذن القاضي **قوله** وان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن لان بالرد حييت ماليته وماليته حق المرتهن لان الاستيفاء منها والجعل على من حييت له المالية الا ترى ان بالاباق سقط دين المرتهن بالموت وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليته كما لو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها فان الدين يعود بقدره والرد

وان كان مديوناً فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك وكذلك في الموقوف فيجب على من يستقر له الملك وان كان جانياً فعلى المولى ان اختار الفداء وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوباً فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لاخفاء انه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن **قال** وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصوراً على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع

في حياة الراهن وموته سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اي كون الجعل على المرتهن اذا كان قيمة العبد مثل الدين او اقل فان
كانت اكثر من الدين قسم الجعل على الراهن والمرتهن فما اصاب الدين على المرتهن والباقي على الراهن مثلا الدين ثلثمائة وقيمة الرهن
اربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة وصار الجعل كثمن الدواء من الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء اذا كان الدين اكثر من
قيمته انقسما عليهما كذلك **قوله** وان كان مديونا اي ان كان العبد الآبق مأذونا فلحقه في التجارة دين او اتلف مال الغير واعترف به المولى
فالجعل على من يستقر الملك له لانه مؤنة الملك والملك في العبد بعد مباشرته سبب الدين كالموقوف ان اختار المولى قضاء دينه
كان الجعل عليه لان الملك مستقر له وان اختار بيعه في الدين كان الجعل في الثمن يبدأ به قبل الدين لما قلنا انه مؤنة الملك والباقي
للغرماء فظهر ان قول المص فيجب اي الجعل على من يستقر له الملك تجوز فانه لا يجب على المشتري وكانه جعل ملك ثمنه بمنزلة ملكه وان كان
اي العبد جانيا اي جنى خطأ فلم يدفعه مولاه ولم يفده حتى ابق فرد من مسيرة ثلاثة ايام فهو على القياس يكون الجعل على من يصير له ان اختار
المولى فداه فهو عليه لعود منفعته اليه وان اختار الدفع الى اولياء الجناية فعليهم لعودها اليهم ولو كان قتل عمدا فابق ثم رد لا جعل على احد اما
المولى فلانه ان قتل لم يحصل له بالرد منفعة وان عفي عنه فانما حصلت بالعفو واما ولي القصاص فان قتل فالحاصل له التشفي لا المالية وان عفي
فظاهر وان كان موهوبا فابق ممن وهب له ثم رد فالجعل على الموهوب له سواء رجع الواهب في هبته بعد الرد اولا اما اذا لم يرجع فظاهر فاما اذا رجع
بعد المجيء فلانه وان حصلت له المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف في العبد بعد رده مما يمنع رجوعه من بيعه وهبته ونحو ذلك
واورد عليه انه حصل بالمجموع من ذلك ومن الرد واجيب بان الترك آخر جزئي العلة واليها يضاف الحكم واما الجواب بانه اذا ثبت
بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع الوارد على المعترض يقرره وان كان الآبق لصبي فالجعل في ماله لما تقدم انه مؤنة ملكه وان رده وصيه
فلا جعل له وقد بيناه في التقسيم وكذا اليتيم يعوله رجل فرد آبقا له لانه اذا كان تبرع له بمؤنته من مال نفسه كيف لا يتبرع له بما هو دونه مع ان العرف
في التبرع وفي الكافي للحاكم ابقت امة ولها ولد رضيع فردهما رجل له جعل واحد فان كان ابنها قارب الحلم فله ثمانون لان من لم يراهق
لم يعتبر آبقا وفي الذخيرة والمحيط لو اخذ آبقا فغصبه منه آخر فجاء به الى مولاه واخذ جعله ثم جاء آخر واقام بينة انه اخذه ياخذ الجعل منه ثانيا ويرجع
السيد على الغاصب بما دفع اليه ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل البلد ابق من الآخذ فوجده آخر فرده الى سيده ان جاء به من
مدة السفر فالجعل له وان وجده لاقل فجاء به لا جعل لواحد منهما وفي المبسوط لا جعل للسلطان او الشحنة او الخفير في رد الآبق والمال
من قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم والى ولاء ان يقال لا ياخذهم الخطار على ذلك ونصبهم له

كتاب المفقود

هو الغائب الذي لا يدري حياته ولا موته **قوله** اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من
يحفظ ماله ويقوم عليه اي على ماله ويستوفي حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي
والمجنون على القاضي ان يفعل في امرهم ما ذكرنا لما ذكرنا وقوله اي قول القدوري يستوفي حقوقه يريد انه يقبض غلاته والدين
الذي اقر به غريم ويخاصم في دين وجب بعقده اي بعقد الذي نصبه القاضي لانه اصيل في حقوق عقده ولا يخاصم في الدين

بمن او للاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثانى الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير
لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر بمنزلتهما فى هذا
الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب هذا اذا كانت فى يد القاضى فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون
مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان جحدهما فاشترط الاقرار بما ليس بظاهر منهما

الذى تولاه المفقود ولا فى نصيب له فى عقار او عروض فى يد رجل ولا فى حق من الحقوق اذا جحده من هو عنده او عليه لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل
بالقبض من جهة القاضى وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف فى الوكيل بقبض الدين من جهة المالك عند ابى حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما
لا يملك واذا كان كذلك يعنى اذا كان وكيل القاضى لا يملك الخصومة ولو قضى القاضى بخصومته كان قضاء على الغائب والاوجه ان يقول للغائب والقضاء
عليه فيما لو ادعى انسان على المفقود دينا او وديعة او شركة فى عقار او رقيق او رد العيب او مطالبة باستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البينة لانهما انما تسمعان
على خصم وهذا الوكيل ليس خصما والورثة انما يصيرون خصما بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب وهو لا يجوز الا اذا رآه القاضى
اى رأى القاضى المصلحة فى الحكم للغائب وعليه فحكم فانه ينفذ لانه مجتهد فيه فان قيل ينبغى ان لا ينفذ حتى يمضيه قاض آخر لان نفس القضاء مجتهد
فيه كما لو كان القاضى محدودا فى قذف فان نفاذ قضائه موقوف على ان يمضيه قاض آخر اجيب بمنع انه من ذلك بل المجتهد فيه سببه وهو ان هذه
البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر اولا فاذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود فى قذف وفى الخلاصة الفتوى على هذا ثم ما كان يخاف عليه
الفساد كالثمار ونحوها يبيعها القاضى لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولا كان او عقارا فى نفقة
ولا غيرها لان القاضى لا ولاية له على الغائب الا فى الحفظ وفى البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ فلا يجوز فان لم يكن له مال الا عروض او عقار او خادم
واحتاج ولده او زوجته الى النفقة لا يباع بخلاف الوصى فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لان ولايته ثابتة
يرجع الى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حفظ وربما يكون حفظ الثمن للايصال الى ورثته ايسر وهنا لا ولاية للقاضى على المفقود الا فى الحفظ
وفى المبسوط وقال ابو حنيفة رح ان كان له اب محتاج فله ان يبيع شيئا من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان وفى القياس ليس له بيع العروض
وهو قولهما وذكر الكرخى ان محمدا ذكر قول ابى حنيفة رح فى الامالى وقال هو حسن وجه الاستحسان ان الاب وان زالت ولايته بقى اثرها حتى صح استيلاد جارية
ابنه مع ان الحاجة الى ذلك ليس من اصول الحوائج فاذا ثبت بقاء اثر ولايته كان كالوصى فى حق الوارث الكبير وللوصى بيع العروض دون العقار وينفق
على زوجته واولاده من ماله يعنى الحاصل فى بيته والحاصل من ثمن ما يتسارع اليه الفساد ومن مال مودع عند مقر ودين على مقر قال المصنف وليس هذا مقصورا
على الاولاد قلت ولا هو على اطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد يعنى من الاب والجد وان علا والاصل ان كل من يستحق النفقة فى ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى
ينفق عليه من ماله عند غيبته لان لهم ان يأخذوا حاجتهم بيدهم من ماله اذا كان جنس حقهم من النقد والثياب للبس فكان اعطاء القاضى ان كان المال
عنده او تمكينهم ان كان عندهم اعانة لا قضاء على الغائب فانهم كانوا اخذوه من غير ان يعينوا وكل من لا يستحقها فى حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله فمن الاول الولى اعنى المستحقين
قضاء بالاولاد الصغار والاناث الكبار اذا لم يكن لهن مال وكذا الاب والجد والزمنى من الذكور الكبار فكل من ليس له مال لا يستحق النفقة عليه فى حال حضوره فضلا عن غيبته الا الزوجة فانها تستحق
وان كانت غنية لان استحقاقها بالعقد والاحتباس لا باستحقاق غير الحاجة وهى تدوم بالحضور ومن الثانى يعنى من لا يستحق الا بالقضاء الاخ والاخت والخال والخالة ونحوهم ممن هو غير الولاد وقوله
اى قول القدورى من ماله يعنى الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن فى ماله عين المطعوم والملبوس يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر
غير المضروب كذلك لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كان الدراهم والدنانير والتبر فى يد القاضى فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع
مقرا بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقرا بالدين والنكاح والنسب وهذا معنى اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب اذا لم يكونا ظاهرين
عند القاضى فان كانا ظاهرين معروفين له فلا يحتاج الى اقرارهما بهما ولو كان الظاهر عنده احدهما الوديعة والدين او النكاح والنسب جعل كل اثنين واحدا

ولو دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع
بامر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين اصلاً او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة
خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود **قال** ولا يفرق بينه وبين
امرأته وقال مالك رحمه الله اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي
استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد ما مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار
اخذ المقدار من الايلاء والاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله عليه الصلوة والسلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر
حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول
علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة

يشترط اقرار من في جهته المال بالامر الذي ليس ظاهرا فيقر في الاول عند القاضي بان هذه زوجته وهذا ولده وفي الثاني بان له وديعة او عليه دينه وقوله
هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس الذي قال به زفر لان هذا اختلاف الروايتين قال لا ينفق من الوديعة شيئا عليهم لان اقرار المودع بذلك ليس
حجة على الغائب وهو ليس خصما عن الغائب ولا يقضى على الغائب بلا خصم ومثل هذا في الدين ايضا قلنا المودع مقر بان ما في يده ملك للغائب
وان للولد والزوجة حق الانفاق منه واقرار الانسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود ومثل هذا
القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع اموال المفقود وقد يقال ايضا في جوابه نعم القياس ما ذكرت لكنا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة
ابي سفيان وقد اسلفناه قال فيه خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف اذ هو يفيد جواز الانفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة
والولد ثم اذا ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس وثبوت نفقة الاب بالدلالة لان حقه فيها آكد من حق الولد فان
الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة بل اذا كان عاجزا عن الكسب والاب يستحقها بمجردها وان كان يقدر على الكسب **قوله** ولو دفع المودع بنفسه او من عليه الدين
بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه فكان كان
ان يأمرهم لا بالقبض وليس للقاضي نائبا في الحفظ فقط بل فيه وفي ايفاء ما عليه من الحقوق ايضا مما لا يحتاج في ثبوته عنده الى سماع بينة ولذا جاز له
ان يوفي ما عليه من دين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه المأمور بالحفظ فقط فيضمن اذا اعطاهم بلا امره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المودع اذا دفعها
اليهم لانه لو رد الوديعة الى من في عيال المودع يبرأ اجيب بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن ان يأخذ القاضي منهم كفيلا
لاحتمال انه طلقها قبل ذهابه او عجل لها النفقة لكن لو لم يأخذ جاز لانه لا يجب اخذ الكفيل الا لخصم وليس هنا خصم طالب هذا فلو كان المودع والمديون
جاحدين اصلا اي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية او جاحدين للنسب والزوجية معترفين بالوديعة والدين بالعكس وليسا ظاهرين عند القاضي
لم ينتصب احد من مستحقي النفقة الزوجة او الاب او الابن خصما في ذلك اي في اثبات الدين او النسب او الوديعة باقامة البينة على شيء من ذلك
لان المودع والمديون ليسا خصما في ثبوت الزوجية والقضاء بها ولان ما يدعيه للغائب ليس متعينا لثبوت حقه الذي هو النفقة لانها كما تجب في هذه
المال تجب في مال آخر للمفقود وستعرف تفصيل هذا ان شاء الله تعالى في ادب القاضي **قوله** ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع
سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة ولانه منع حقها بالغيبة
وان كان من غير قصد منه فيفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة فانه يفرق بينهما فيهما بعد مدة لذلك هذا منه في الايلاء بناء على انه لا يوجب
الفرقة بمجرد مضي المدة بل بتفريق القاضي بعدها وبعد هذا الاعتبار اخذ في المدة الاربع من الايلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها عملا بالشبهين
وحديث الذي اخذته الجن رواه ابن ابي شيبة ثنا سفين بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن جعدة ان رجلا انتسفته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاتت
امرأته عمر فامرها ان تتربص اربع سنين ثم امر وليه بعد اربع سنين ان يطلقها ثم امرها ان تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء زوجها خير بين
امرأته والصداق واخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذي فقد قال دخلت الشعب فاستهوتني
الجن فمكثت اربع سنين ثم اتت امرأتي عمر الحديث بمعنى الاول واخرجه عبد الرزاق من طريق وفيه فقال له عمر لما جاء ان شئت رددنا اليك
امرأتك وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ورواه الدارقطني وفيه ثم امرها ان تعتد اربعة اشهر وعشرا

قال (وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران وفي المروي عن أبي يوسف رحمه الله بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والأقيس أن لا يقدر بشيء والأرفق أن يقدر بتسعين وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأنه مات في ذلك الوقت معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي

وروى مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب قال أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل وسنده ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا في امرأة المفقود تتربص أربع سنين وتعتد أربعة أشهر وعشرا وسنده ابن أبي شيبة عن خالد بن يزيد أن ابن عمر وابن عباس في المفقود فقالا تتربص أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم تتربص أربعة أشهر وعشرا قال المصنف ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان أخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب ثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان وفي بعض النسخ حتى يأتيها الخبر وهو ضعيف بمحمد بن شرحبيل قال ابن أبي حاتم عن أبيه يروي عن المغيرة مناكير أباطيل وقال ابن القطان سوار بن مصعب أشهر في المتروكين منه ثم عارض المصنف بقوله وعلي رضي الله عنه كان يقول هو رواه عبد الرزاق أخبرنا محمد بن عبيد الله العرزمي عن الحكم بن عتيبة أن عليا قال في امرأة المفقود هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق أنبأنا معمر عن ابن أبي ليلى عن الحكم أن عليا مثله قال أخبرني ابن جريج قال بلغني أن ابن مسعود وافق عليا على أنها تنتظره أبدا وأخرج ابن أبي شيبة عن أبي قلابة وجابر بن زيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا ليس لها أن تتزوج حتى يستبين موته وقوله لأن النكاح إلى آخره الحاصل أن المسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فذهب عمر رضي الله عنه إلى التقدم وذهب علي رضي الله عنه إلى أنها امرأته حتى يأتيها البيان والشأن في الترجيح والحديث الضعيف يصلح مرجحا لا مثبتا بالأصالة وما ذكر من موافقة ابن مسعود مرجح آخر ثم شرع المصنف في مرجح آخر فقال ولأن النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزول النكاح بالشك وذكر أن عمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه ذكره ابن أبي ليلى قال ثلاث قضيات رجع فيها عمر إلى قول علي في امرأة المفقود وامرأة أبي كنف والمرأة التي تزوجت في عدتها وقولنا في الثلاثة قول علي رضي الله عنه فأما امرأة المفقود فقد عرفت وأما امرأة أبي كنف فكان أبو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم تزوجت ثم قدم فوجدها قد تزوجت ثم أتى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة فقال إن لم يكن دخل بها فأنت أحق بها وإن كان دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم إن لي إليها حاجة فخلوا بيني وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا إلى الأمير عمر رضي الله عنه فأخبره أنه جاء بأمر بين وهذا يعني عدم ثبوت الرجعة في حقها إذا لم يعلمها حتى إذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للأول عليها سبيل لرفع الفرش عنها ثم رجع إلى قول علي أن رجعتها صحيحة وهي منكوحة وإن دخل بها الثاني وأما المرأة التي تزوجت في عدتها فالمرأة التي ينعى إليها زوجها فتعتد فتتزوج وكان مذهبه أنها إذا أتى زوجها حيا يخيره بين أن تترد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه إلى قول علي وهو أنه يفرق بينها وبين الثاني ولها المهر عليه بما استحل من فرجها وترد إلى الأول ولا يقربها حتى تنقضي عدتها من ذلك قال ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا وهذا على رأينا بأن الوقوع به عند انقضاء المدة بالإيلاء لا يتوقف على تفريق القاضي قال ولا بالعنة لأن الغيبة في الغالب تعقبها الرجعة والعنة قل ما تنحل بعد استمرارها سنة فكان عود المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم أن شرع فيه ما شرع فيها

قوله وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال المصنف هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران وفي المروي عن أبي يوسف رحمه الله بمائة سنة وقدر بعضهم بتسعين والأقيس أن لا يقدر بشيء والأرفق أن يقدر بتسعين وجه رواية الحسن أن الأعمار في زماننا قل ما تزيد على مائة وعشرين بل لا يسمع أكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالأكثر وأما ما قيل إن هذا يرجع إلى قول أهل الطباع فإنهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من ذلك وقولهم باطل بالنصوص كنوح وغيره فمما لا ينبغي أن يذكر توجيها لمذهب من مذاهب الفقهاء وكيف وهم أعرف لما دلت عليه النصوص والتواريخ بالأعمار السابقة للبشر بل لا يحل لأحد أن يحكم على أئمة المسلمين أنهم اعتمدوا في قول لهم على أمر هم يعترفون ببطلانه ويوجبون عدم اعتباره في شيء من الأشياء ووجه ظاهر الرواية أنه من النوادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه فلا ينبني الحكم عليه ثم اختلفوا فذهب بعض المشايخ إلى أن المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد وآخرون أن المعتبر موت أقرانه في بلده فإن الأعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الأقطار وبحسب جراية الله تعالى العادة ولذا قالوا الصقالبة أطول أعمارا من الروم فإنما يعتبر بأقرانه في بلده ولأن في ذلك حرجا كثيرا في تعرف موتهم في البلدان بخلافه في بلده فإنما فيه نوع حرج محتمل وأما المروي عن أبي يوسف رحمه الله فذكر عنه وجه يشبه أن يكون على سبيل المداعبة منه لهم قيل إنه سئل عنه فقال أبينه لكم بطريق محسوس

ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حيوته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن بنتين وابن مفقود وابني ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهي باتم من هذا

فان المولود اذا كان ابن عشر يزيد في حول البويه هكذا وعقد عشرا فاذا كان ابن عشرين كان بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فاذا كان ابن ثلثين يستوي هكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن اربعين يحمل عليها الاثقال هكذا وعقد اربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الاثقال والاشتغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض بالشيخوخة هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين ينضم امعاؤه في بطنه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى ولا شك ان مثل هذا لا يثبت الحكم وانما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطا والغالب فيمن طال عمره ان لا يجاوز المائة وقوله في المبسوط كان محمد بن سلمة يفتي بقول ابي يوسف رحمه الله حتى تبين له خطاؤه في نفسه فانه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لخطائه لانه مبني على الغالب عنده وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطيا فيما اعطى من الحكم وكذا ذكر الامام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى انها مائة سنة لان الحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر وروي انه عاش مائة وتسع سنين او اكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الامام ابوبكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لان الغالب في اعمار اهل زماننا وهكذا لا يصح الآن يقال ان الغالب في الاعمار الطوال في اهل زماننا ان لا يزيد على ذلك نعم المتأخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الاعمار والحاصل ان الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأي في ان الغالب هذا في الطول او مطلقا فلذا قال شمس الائمة الاليق بطريق الفقه ان لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأي لا يكون وهذا هو قول المصنف الاقيس الخ ولكن نقول اذا لم يبق احد من اقرانه يحكم بموته اعتبارا لحاله بحال نظائره وهذا رجوع الى ظاهر الرواية قال المصنف والارفق اي بالناس ان يقدر بتسعين وارفق منه التقدير بستين وعندي الاحسن سبعون لقوله عليه الصلوة والسلام اعمار امتي ما بين الستين الى السبعين فكانت المنتهى غالبا وقال بعضهم يفوض الى رأي القاضي فاي وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كانه مات فيه معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي **قوله** ومن مات منهم اي ممن يرث المفقود قبل ذلك اي قبل ان يحكم بموت المفقود لم يرث من المفقود بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجري فترث ورثته من المفقود لانه لم يحكم بموت المفقود بعد حين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت يعني وقت موت ذلك الاحد باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق بل في دفع الاستحقاق عليه ولكن جعلنا حيا في حق نفسه فلا يورث ماله في حال فقده ميتا في حق غيره فلا يرث هو غيره وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي في حال فقده قال محمد لا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود يعني توقف نصيب المفقود الموصى له به الى ان يقضى بموته فاذا قضي به جعل كانه مات الآن وفي استحقاقه لمال غيره كانه مات حين فقد وهذا معنى قولنا المفقود ميت في مال غيره **قوله** ثم الاصل انه اذا مات من حيث يرثه المفقود ان كان مع المفقود وارث لا يحجب المفقود حجب حرمان ولكنه ينتقص حقه به يعطى ذلك الوارث اقل نصيبيه ويوقف الباقي حتى تظهر حياة المفقود او موته او يقضى بموته وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى لذلك الوارث شيء بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وابنة ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا اي الاجنبي والورثة على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث يعطيان النصف لانه متيقن به لان اخاهما المفقود ان كان حيا فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان فالنصف متيقن فيعطيانه ويوقف النصف الآخر في يد الاجنبي الذي هو في يده ولا يعطى ولد الابن شيئا لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت خيانته بان كان انكر ان للميت عنده مالا

كتاب الشركة

اقامت البنتان البينة عليه فتقضي بها لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فانه يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع على يد عدل لظهور خيانته ولو كانوا لم يتعصبوا وقد اقروا على فقد الابن بل قال الاجنبي الذي في يده المال مات المفقود يجبر على دفع الثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما في يده وقد اقر ان الثلثين للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول اولاد الابن ابونا او عمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيئا ويوقف الثلث الباقي في يده ولو كان المال في يد البنتين واتفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يوخر شيء للمفقود بل تقضي للبنتين بالنصف ميراثا ويوقف النصف في ايديهما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود حيا دفع اليه وان ظهر ميتا اعطي البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الانثيين ولو قالت البنتان مات اخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال في ايديهما اعطينا الثلثين ووقف الثلث لانهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في ايديهما فان ظهر حياته اخذ منهما السدس له ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا على انه مفقود يعطي البنتان النصف لانهما ادعياه بالاقرار بفقده ويوقف النصف الآخر في يد من كان في يده ولو ادعى ولد المفقود ان اباهما مات لم يدفع اليهما شيئا حتى تقوم البينة على موته قبل ابيه او بعده فان اقامت على موته قبله يعطي لهم الثلث والثلثان للبنتين لان الميت على انه مات عن بنتين واولاد ابن وان اقامت عليه بعده يعطي لهم النصف لان الميت مات عن ابن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المصنف ونظيره اي في وقت الميراث عند الشك في النصيب الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى واحترز به عما روي عن ابي حنيفة يوقف له ميراث اربع بنين لما قال انه شريك ابي اسمعيل اربع بنين في بطن واحد وعما عن محمد ميراث ثلاثة بنين وفي اخرى نصيب ابنين وهو رواية عن ابي يوسف نصيب واحد وعليه الفتوى ولو كان مع الحمل وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطي كل نصيبه للتيقن به على كل حال وكذا اذا ترك ابنا وامراة حاملا تعطى المراة الثمن وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى شيئا وان كان ممن يتغير يعطى الاقل للتيقن به مثاله ترك امراة حاملا وجدة تعطى السدس لانه لا يتغير لها ولو ترك حاملا واخا وعما لا يعطى شيئا لان الاخ يسقط بالابن وجاز ان يكون الحمل ابنا فكان بين ان يسقط ولا يسقط فكان اصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيئا ولو ترك حاملا واما او زوجة تاخذ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا اخذت الام الثلث او حيا اخذت السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا اخذت الربع والله الموفق للصواب.

كتاب الشركة

هو بابهما كان الرابع في المعروف اورد الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال احدهما امانة في يد الآخر كما ان مال المفقود امانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي وهذه مناسبة خاصة بينهما والاول عامة فيهما وفي الآبق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما قدم المفقود عليهما واولاه الآبق لشموله عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والآبق وكان بعضهم تخيل ان عرضية الهلاك للمال فقال ان المال على عرضية القوى حاصل محاسن الشركة يرجع الى الاستعانة في تحصيل المال الشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز احدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل اشركه شركا فظهر انها فعل الانسان وفعله الخلط واما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا نظن ان اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما ايضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف في فيقال اشتركا في المال اي حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه اي تعلق به اشتراكهما

الشركة جائزة لانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه **قال** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة
الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه
الشركة يتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع احدهما او بخلطهما
خلطا يمنع التميز راسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير
شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى

اى خلطها وركنها في شركة العين اختلاطهما وفي شركة العقد اللفظ المفيد له اذ يقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط فاذا قيد شركة العقد بالاضافة
فهي اضافة بيانية **قوله** الشركة جائزة الخ قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون
المقصود الاصلي الذي هو شركة العقد وقوله تعالى وان كثيرا من الخلطاء اى من الشركاء لا ينص على جواز كل منهما مع انه حكاية قول داود وعدم اخبار
المخصمين عن شريعته اذ ذاك فلا يلزم استمراره في شرعنا واما السنة فما في ابي داود وابن ماجة والحاكم عن السائب انه قال للنبي
صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري وروى احمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم
عن مجاهد عن السائب عن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلوة والسلام مرحبا باخي وشريكي
كان لا يداري ولا يماري يا سائب قد كنت تعمل اعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصدقة واسم السائب
صيفي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول الامام السهيلي فيه انه كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن ابي السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب
ومنهم عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت فيه شئ ولا يقوم به حجة انما يصح اذا اراد الحجة في تعيين الشريك من كان اما عرضنا وهو ثبوت
مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال قال ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث يداري مهموز في الحديث اى يدافع ثم ايراد الشارح
هذا انما يفيد ان الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل اعني انه بعث وهم يتشاركون فقررهم وما يفيد الجزء الثاني ما في ابي داود ومستدرك الحاكم
عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال الله تعالى انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت من بينهما زاد رزين وجاء الشيطان وضعفه
ابن القطان بجهالة والد ابي حيان فهو سعيد فان الرواية عن ابي حيان عن ابيه وهو سعيد بن حيان ورواه غيره عن ابي حيان مرسلا ورواه الدارقطني
يد الله على الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان احدهما صاحبه رفعها عنهما ولا شك ان كون الشركة مشروعة اظهر ثبوتا مما به ثبوتها من
هذا الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلهذا
لم يزد المصنف على ادعاء تقريره عليه الصلوة والسلام عليها **قوله** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان او يشتريانها
وظاهر هذا الحمل من القدوري القصر فذكر المصنف انها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما اذا اتهبا عينا او ملكاها بالاستيلاء بان استوليا على مال حربي او ملك
ماله بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع من احدهما بان انفتق كيساهما المتجاوران فاختلط ما فيهما او اختلط بخلطهما خلطا يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة
او يتعسر كالحنطة بالشعير ولو قال العين يملكانها كان شاملا الا ان بعضهم ذكر في شركة الاملاك الشركة في الدين فقيل مجاز لان الدين وصف شرعي لا يملك
وقد يقال بل يملك شرعا ولهذا اجازت هبته ممن عليه الحق وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولهذا لم تجز من غيره من عليه والحق ما ذكروا من ملكه ولذا ملك
ما عنه من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى احدهما شيئا كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما اخذ وليس له ان يقول هذا الذي اخذته حصتي
وما بقي على المديون حصتك ولا يصح من المديون ايضا ان يعطيه شيئا على انه قضاه واخر الآخر قالوا والحيلة في اختصاص الآخذ بما اخذه دون
شريكه ان يهبه من عليه مقدار حصته ويبريه هو من حصته وحكم هذه الشركة انه لا يجوز له ان يتصرف في نصيب شريكه الا باذنه لان كلا منهما في نصيب الآخر
كالاجنبي عن الشركة لعدم تضمنها الوكالة وانه يجوز ان يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور واما من غير الشريك فيجوز بغير اذنه في جميع الصور الا في
الخلط والاختلاط فانه لا يجوز بيع احدهما نصيبه من غير الشريك الا باذن الشريك قال المصنف وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى وحقيقة الفرق

والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويا في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر لفات التساوي وكذلك في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى

ما اشار اليه في الفوائد الظهيرية وهو ان الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بان اشتريا حنطة او ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والاجنبي بخلاف ما اذا كانت بالخلط او الاختلاط لان كل حبة مملوكة بجميع اجزائها لاحدهما ليس للآخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على التسليم الا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم واما ما ذكر شيخ الاسلام من ان خلط الجنس بالجنس تعديا سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سببا لزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد منهما زائلا الى الشريك في حق الآخر من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فان تمام السبب فيه هو التعدي فعند عدمه لا يثبت من وجه والا لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل اسبابها وايضا فالزوال الى الخالط عينا لا الى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك في البيع من الاجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط اذا باع من الاجنبي وانما قلنا ان تمام السبب التعدي لان الخلط لا يظهر اثره في ذلك وانما يتبين به اي بالتعدي هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدي في خلطه **قوله** والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول ثم فسر الايجاب بقوله وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا فيقول الآخر قبلت اي في كذا من المال في كذا من التجارات البزازية والبقالية في العنان او في كل مالي ومالك بما نتساويان وفي جميع التجارات وكل كفيل من الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتي وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى لهذا لو دفع الف الى رجل وقال اخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر واخذها وفعل انعقدت الشركة ويندب الاشهاد عليها وذكر محمد كيفية كتابتها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى واداء الامانة ثم يبين قدر راس مال كل منهما ويقول وذلك كله في ايديهما يشتريان به ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل واحد منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وان ملكه كل بمطلق عقد الشركة الا ان بعض العلماء يقول لا يملكه كل واحد منهما الا بالتصريح به فليتحرز عنه ثم يكتب ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهم على قدر رؤس اموالهما وما كان من وضيعة او تبعة فكذلك ولا خلاف ان اشتراط الوضيعة بخلاف قدر راس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا عندنا صحيح فيما سنذكر فاذا كانا شرطا التفاوت فيه كتباه كذلك ويقول اشتركا على ذلك في حال كذا او في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاريخ كيلا يدعي احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الآخر قبل هذا التاريخ **قوله** وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة وهذا الشركة منصوب على المصدر معمول للعقود وكل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه اي حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف واصيلا في الآخر لا يكون المستفاد مشتركا كالاختصاص المشتري واحترز به عن الاشتراك في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب **قوله** ثم هي اي شركة العقود على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه قيل في وجه الحصر ان العقد اما ان يذكر فيه مال ولا والاول اما ان تشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره اولا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان وفي عدم ذكر المال اما ان يشترط العمل في مال الغير اولا فالاول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه انه يقتضي ان شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سنذكره فيها فالاولى في وجه التقسيم ما ذكره الشيخان ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي حيث قالا الشركة على ثلاثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منها على وجهين مفاوضة وعنان وسيأتي البيان ان شاء الله تعالى **قوله** فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما انه وكيل عنه لانها شركة عامة ليفوض

وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى قال فتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين لتحقق التساوي

كل منهما الى صاحبه على العموم في التجارات والتصرفات لان المفاوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوي في ذلك ولا يخفى ان قول المصنف هي من المساواة تساهل لانها مادة اخرى فكيف تحقق الاشتقاق بل هي من التفويض او الفوض الذي منه فاخذ لما اذا عم وانتشر وانما اراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودي ٭ لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ٭ ولا سراة اذا جهالهم سادوا ٭ وبعده ٭ اذا تولى سراة الناس امرهم ٭ نما على ذاك امر القوم وازدادوا ٭ وقيل بعده ٭ تهدى الامور باهل الراي ما صلحت ٭ فان تولت فبالجهال تنقاد ٭ ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا بنفسه مراده كيف كان تحققت المنازعة والفساد كما في قوله تعالى لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سري وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع كركب في راكب والسري فعيل جمع فعلة بالتحريك واصله سروة فتحرك الواو وانفتح ما قبلها فانقلبت الفا فصار سراة واصل سري سريو اجتمعا وسبقت احدهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسياتي وجه المساواة فلا بد من تحقق المساواة ابتداء عند عقد الشركة وانتهاء اي في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان يفسخه اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة احدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد او بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشتري فانما تغير بسعر راس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشترى بالجميع مال احدهما ثم فضل مال الآخر ففي القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين جميعا قلما يتفق فيلزم باشتراطه حرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف ما اشترى صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ماله مستحق به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود والآخر مثلها بيض وقيمتهما متساوية صحت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لاحدهما الف وللآخر مائة دينار قيمتها الف صحت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث احدهما دراهم او اتهبها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض ولو كان لاحدهما وديعة نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت الى ان يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا وكذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك احدهما تصرفا لم يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين عن قريب قوله وهذه الشركة

جائزة في قول اصحابنا رحمهم الله استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي رح وقال مالك رح لا اعرف ما المفاوضة وهذا لا يلزم منه تناقض كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وما لا وجود له شرعا لا صحة له وقد حكي عن اصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي ان يفوض كل الى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيده غير ان لا يشترط التساوي في المالين وممن روي عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره ابو بكر الرازي وجه قولهما وهو وجه القياس انها تضمنت الوكالة بشراء مجهول الجنس والكفالة لمجهول وكل بانفراده فاسد ولو قال وكلتك لتشتري عبدا وثوبا لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو تضمنت بما لا يلزمه لا يصح فاجتماعهما يزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لآخر وكلتك في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يعمل ما شاء قلت العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام اهل الآخر وكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس وجه الاستحسان امران احدهما ما روي عنه عليه السلام انه قال فاوضوا فانه اعظم للبركة اي ان عقد المفاوضة اعظم للبركة وقوله عليه السلام اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم

وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا يجوز ايضا لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي **قال** ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين

في كتب الحديث اصلا الله اعلم به فلا يثبت به حجة على الخصم وانما اخرج ابن ماجة في التجارات عن صالح بن صهيب عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمقارضة واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع وفي بعض نسخ ابن ماجة المعاوضة بدل المقارضة ورواه ابراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث وضبط المعاوضة بالعين والضاد وفسرها ببيع عرض بعرض مثله والاحسن ما ذكره من ان الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس لان التعامل كالاجماع ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط الذي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من النقود بل على شرط التفويض العام كما عرفناك لكن ثم اجاب عن القياس فقال الجهالة متحملة لانها انما تثبت تبعا والتصرف قد يصح تبعا ولا يصح مقصودا كما في المضاربة فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم الالزام وانتظم الكلام الى هو قوله والجهالة متحملة تبعا الجواب عن الزام الكفالة بمجهول وفصل الجواب فيها في المبسوط فقال واما الجهالة فيها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بينهما وهو منعدم هنا لان كل واحد منهما انما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم وكان المصرانما لم يعرج عليه لانه لو صح صحت الكفالة بمجهول ابتداء لان عند اللزوم لا بد ان تعيين المكفول له فاكتفى بنفي الالزام لما ذكر من ان الشئ قد يصح تبعا لا قصدا ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصدا عدم صحتها ضمنا وعلى هذا يمكن اثبات ضمنها شرعا اخذا من هذا الجواب بهذا التصرف نافع لا مانع فيه اذ شرع فوجب صحته والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول يمنع اذا ثبت قصدا ولا يلزم من منع الشئ اذا ثبت قصدا منعه اذا ثبت ضمنا فان قيل فمن اين اشتراط المساواة في المال قلنا هذا امر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك ان الشركة في صورة يكون الشريكان متساويين لما ليس على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما فقلنا ان عقدا على الوجه الاول سميناها الشركة مفاوضة والا سميناها عنانا غير انا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور لجعلنا اياه علما على تمام المساواة في امر الشركة فاذا ذكراها ثبت احكامها اقامة اللفظ مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكراها لعدم تحقق رضاهما باحكامها الا ان يذكرا تمام معناها بان يقول احدهما وهما حران بالغان مسلمان او ذميان شاركتك في جميع ما املك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كلا ضامن عن الآخر ما يلزمه من امر كل بيع وهذا قول المص وينعقد بلفظ المفاوضة لتعذر شرائطها عن فهم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى والالفاظ وسيلة الى افهامه ولو عقدا بلفظ المفاوضة وبعض شرائطها منتف انعقدت عنانا اذا لم يكن المنتفي من شرط العنان فيكون تعبيرا بالمفاوضة عن العنان **قوله** وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا ان فيه للوصل وقوله لما قلنا اي لتحقق التساوي اذ الكفر ملة واحدة **قوله** ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لتعذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة اصلا ولو اذن له الولي ولا يملك التصرف الا باذنه **قوله** ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة وكون احدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساويهما في اصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية الا انه يكره اي عقد الشركة بين المسلم والكافر لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولا يحترز من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم في اكل الحرام وقوله الا انه يكره استثناء من قوله قال ابو يوسف رح يجوز بناء على استعمال الجواز في اعم من الاباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما

ا العبد

الاهل

ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان
اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما **قال** وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه واما الكفالة فلتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارة وهو
توجه المطالبة نحوهما جميعا **قال** وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه
في التصرف وكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على
صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه
بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما **قال** وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه
الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم
العمد وعن النفقة **قال** وان كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب
ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة رح انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره
فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع
ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رح انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا تتحقق معاوضة

لا يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان ينتفي الحكم عما بعد الا فيكون قد اخرج الكراهة التي تضمنها الجواز عنه فلا تثبت فانما هو استدراك من الجواز فان مطلقه
ينصرف الى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة اي لكنه مكروه وبعض اهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لمجيئه بمعنى لكن وهو غلط لان المستثنى في المتصل
والمنقطع مخرج من حكم الصدر فانما لم يجئ في قوله جاؤا الا حمارا فيقتضي اخراج الكراهة من ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة وهو باطل انه لا تساويهم في التصرف فان
الذمي لو اشترى برأس ماله خمورا او خنازير يصح ولو اشتراها المسلم لا يصح لكن ينبغي قول ابي يوسف كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي مع ان التفاوت فيها
بما كان لم يمنع وكذا بين الكتابي والمجوسي فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد ماليتها دون الكتابي وكذا الكتابي يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي واجيب
بان منهم من جعل الموقوذة مالا متقوما في حقهم فلا فصل بين المجوسي والكتابي فيتحقق المساواة في التصرف واما مؤاجرة نفسه للذبح فكل منهما من اهل ان
يتقبل ذلك العمل على ان يعمل بنفسه او نائبه واجارة المجوسي نفسه للذبح جائزة يستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته واما الحنفي والشافعي فالمساواة
ثابتة لان الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم وولاية الالزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي واما المسلم مع المرتد فلا
تجوز الشركة بينهما في قولهم هكذا ذكره الكرخي وذكر في الاصل قياس قول ابي يوسف انه يجوز عنده **قوله** ولا بين الصبيين يعني ولو اذن وليهما لانهما ليسا من
اهل الكفالة ولا بين العبدين والمكاتبين **قوله** وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ وذلك كما لو عقد بالغ وصبي او حر وعبد او مكاتب وشرطا
عدم الكفالة تصير عنانا وان عمما التصرف والمال وتساويا فيه لان عقد شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المفاوضة لا تكون الا عامة
قوله وتنعقد اي المفاوضة على الوكالة والكفالة وان لم يصرح بهما فان ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره اي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتريه
وكفالة كل منهما الآخر انعقادها على الوكالة فليتحقق غرض الشركة وقوله على ما بيناه يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك في الربح واما الكفالة
فلتحقق المساواة التي هي مقتضى المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما بسبب ما هو من افعالها وما يشبهه ما هو تجارة وما يشتريه
كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم فيختص به ومع ذلك يكون الآخر كفيلا عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعياله وادامهم ان يطالب
الآخر ويرجع الآخر بما ادى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى احدهما جارية للوطء باذن شريكه فانه يختص بها على ما سيأتي في آخر الشركة ان شاء الله تعالى
وانما اختص بذلك فلم يقع على الشركة استحسانا بالضرورة فان الحاجة الراتبة معلوم وقوعها اي المستمرة من قولهم رتب الشيء اذا دام ومنه امر ترتبه
اي ثم بفتح التاء الثانية وضمها ولا يمكن ايجاب نفقة عياله على صاحبه فكان مستثنى ضرورة والقياس وقوعه على الشركة لما بينا من ان مقتضى العقد المساواة
ثم كفالة كل للآخر انما هي فيما هو من ضمان التجارة او ما يشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء اخذ المشتري منه بدينه وان شاء اخذ
به شريكه وضمان التجارة كثمن المشتري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد واجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه او لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة
ضمان غصب او استهلاك عند ابي حنيفة او وديعة اذا جحدها او استهلكها وكذا العارية لان تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الاصل فتصير
في معنى التجارة ولو لحق احدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كارش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له
ان يحلف للشريك على العلم اذا انكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على احدهما بيع خادم فانكره فللمدعي ان يحلف المدعى عليه على البتات وشريكه
على العلم لان كل واحد لو اقر بما ادعاه المدعي يلزمهما بخلاف الجناية لو اقر احدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة
شركة مفاوضة مع رجل او امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو اقرت ببدل الخلع او التزمه احد الشريكين وهو اجنبي **قوله** ولو كفل

ولو كانت بغير امره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رح لانه معاوضة انتهاء **قال** فان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الاخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم

احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يلزم صاحبه لانه اي الكفيل متبرع ولهذا لا تصح الكفالة من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولهذا ايضا لو صدر اي عقد الكفالة من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالاقراض اذا اقرض احدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لان المريض لو اقر بكفالة سابقة على المرض لزمت في كل المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقي حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سنذكره وذكر الاقراض لا يلزم الشريك ولو اخذ فيه سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح وقال بعضهم قال ابو يوسف رح لا يجوز نسبه الى الايضاح وعبارة الايضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا قال البعض يعني القرض لشريكه نوى المال او لم ينو وقياس قول ابي يوسف يضمن المقرض حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند ابي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك كذا المقرض وعند ابي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض ولابي حنيفة رح انه اي عقد الكفالة عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء كالهبة بشرط العوض لانه اي الكفيل المدلول عليه بالكفالة يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه اذا كفل بامره فيلزم شريكه بعدما لزم عليه فبالنظر الى البقاء تضمنته المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره والوجه ان يقول ممن ذكرناه يعني الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولا يبعد ان يكون مبنيا للمفعول بلا ضمير وانه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء وهذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقي الذمة والذمة في المأذون كالمشترك بينه وبين المولى حتى يصح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لان لزومها ليس الا في حالة البقاء لانا انما نقول يلزم شريكه بعدما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئا في ذمته من المال وبخلاف الاقراض فانه اعارة محضة ابتداء وانتهاء لا معاوضة والا كان بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فيكون المثل اي مثل الدراهم والدنانير المقروضة حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح فيه التاجيل اي لا يلزم ان يجري على موجب التاجيل في الاعارة والقرض والا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن ابي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل فلنا ان نمنع **قوله** ولو كانت الكفالة بغير امره اي امر المكفول عنه لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة انتهاء ايضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح ليشير الى خلاف المشايخ وما ذكره المص مختار الفقيه ابي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بامره او لا **قوله** وضمان الغصب والاستهلاك وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية والاقرار بهذه الاشياء فلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المص ابا حنيفة هنا لان في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع ابي حنيفة في انه يلزم شريكه وفي الكفالة مع ابي يوسف كما نقله النقلة لابي يوسف فيهما انه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة ولنا ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار المأذون به عبدا كان او صبيا حرا وكذا المكاتب ويؤاخذ به في الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما تجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للتملك كذا الملك للمغصوب والمستهلك بالضمان واذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما ضرره ونفعه وفي الكافي في الاعارة الرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء انه لو هلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو اقر احد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له

فان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا يصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه

لم يلزم الآخر عند ابي حنيفة ويلزمه عندهما واصله ان الوكيل لا يملك العقد مع موكله عنده خلافا لهما وسياتي ان شاء الله تعالى **قوله** وان ورث احدهما
مالا يصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا وكذا اذا وهب له فقبضه او تصدق به عليه او اوصى له به او زادت قيمة دراهم
احدهما البيض على دراهم الآخر السود او دنانير قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل اليه وصارت عنانا ولو ورث ما لا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض خاصة ولا تبطل المفاوضة وكذا باقي الاسباب
التي ذكرناها وانما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح راس مال الشركة اذ هي اي المساواة شرط لصحتها ابتداء وبقاء وانما كان ما هو شرط ابتداء شرط البقاء لكونه اي عقد الشركة
عقدا غير لازم فان احدهما بعد العقد لو اراد فسخها فسخها او ورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لان للبقاء حكم الابتداء والاجارة عقد لازم
حتى لا ينفرد احد المتعاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضي الممتنع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت احد المتعاقدين
تبيين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما مع كونه غير لازم اجيب بان القياس في الاجارة ان تكون غير لازمة كما هو مذهب
شريح لكون المعقود عليه معدوما في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقد معاوضة واللزوم اصل في المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين وانفساخها
بموت احدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستاجر فلو بقيت لزم
ارث المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان
وان كانت الوصية لازمة ولا باس ان نذكر فروعا من شركة العين ذكرها في الكتاب امر رجلا ان يشتري عبدا بعينه بينه وبينه فذهب فاشترى
واشهد انه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بشراء نصف المعين فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا
اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلا منهما
وكيل لصاحبه ولو اشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر
فكذلك في الشركة ولو امره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المامور فالعبد بين الآمرين
نصفين ولا شيء للمشتري فيه لان الاول وكله بشراء نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه وكذا الثاني لانه انما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه
ولما امره الثاني ان يشتريه بينهما فقد امره بشراء نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قيل لا يمكن تصحيحه الا بذلك
ولو اشترى رجل عبدا فقبضه فطلب اليه آخر ان يشركه فيه فاشركه فيه فله نصفه بنصف مثل الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مطلق الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى
فهم شركاء في الثلث الا ان يبين خلافه ولو اشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهم اثلاثا ولو اشترى اثنان عبدا فاشركا فيه آخر فالقياس ان
يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه لان كلا صار مملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهما حين اشركاه ساوياه
بانفسهما وكان كانه اشترى العبد معهما ولو اشرك احد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فاجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه
وهو ظاهر وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رح ان احد الشريكين اذا قال لرجل اشركتك في هذا العبد فاجاز شريكه كان بينهم اثلاثا لان الاجازة
في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذا لو اشرك احدهما في نصيبه ولم يسم في كم اشركه ثم اشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال احدهما اشركتك
في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن ابي يوسف كان مملكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد اشركتك في نصفه الا ترى ان المشتري لو كان
واحدا فقال لرجل اشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله اشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال اشركتك في نصيبي فانه لا يملك الرجل هنا الا

فصل ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة، وقال مالك رحمه الله: تجوز بالعروض والمكيل والموزون إذا كان الجنس واحدا لأنها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود بخلاف المضاربة لأن القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع. ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن، بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتريه في ذمته إذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن، ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء، وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز، وشراء أحدهما شيئا بماله على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز. وأما الفلوس النافقة فلأنها تروج رواج الأثمان فالتحقت بها. قالوا: هذا قول محمد رحمه الله لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانهما على ما عرف، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا تجوز الشركة والمضاربة بها لأن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعا، ويروى عن أبي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله والأول أقيس وأظهر، وعن أبي حنيفة رحمه الله صحة المضاربة بها. قال: ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما، هكذا ذكر في الكتاب. وفي الجامع الصغير: ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة، ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات. وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم، فعلى تلك الرواية يصلح رأس المال فيهما، وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمنين في الأصل، إلا أن الأول أصح لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لأن عند ذلك لا يصرف إلى شيء آخر ظاهرا، إلا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال.

مما كان جميع نصيبه فإنه حرف في مقام حرف الباء وفيه ولو قال أشركتك فيه يصير كل منهما فله إذا كان له نصف نصيبه واعلم أن صحة الشركة فيما ذكرنا كلها تبتني على صيرورة المشتري مالكا للذي أشركه مستفاد الملك فتبتني على ما إن شرط صحته ما يتم به الملك حتى لو أشرك فيه حالة المجلس لا يجوز بيع ما لم يقبض كما لو ولاه إياه ولو أشركه بعد القبض لم يسلمه إليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لأن المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم أنه لا بد من قبول الذي أشركه عبده لأن لفظ أشركتك صار إيجابا للبيع ولو قال أشركتك فيه على أن تنقد عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لأنه بيع وشرط فاسد وهو أن ينقد عنه ثمن نصفه الذي له ولو نقد عنه رجع عليه بما نقد لأنه قضى دينه بأمره ولا شيء له في العبد لأن الإشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا النصف المقبوض الذي قبضه لأن الإشراك تقتضي التسوية وإنما يصح إذا انصرف الإشراك إلى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لأن تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ الإشراك في كله ولو قال رجل لآخر إنما أشتري هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو فصاحبه فيه شريك له فهو جائز لأن كلا منهما موكل لصاحبه بأن يشتري نصف العبد له فأيهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فإذا قبضه فهو كقبضهما لأن يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه حتى لو مات كان من مالهما فإن اشترياه معا أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما لتمام مقصود كل منهما ولو نقد أحدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير أمر صاحبه رجع بنصفه عليه لأن بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلا عن الآخر في نقد الثمن من ماله كما لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن فإذا أذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه أحدهما على أن له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه إلا نصفه كان جميع الثمن من نصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما البيع على نصف المأمور خاصة ومبناه على فصلين أحدهما أن عند أبي حنيفة الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني أن من قال لغيره بعتك هذا إلا نصفه بألف كان بائعا للنصف بألف ولو قال بعتك بألف على أن لي نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لأن الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكأنه قال بعتك نصفه بألف فأما قوله على أن لي نصفه فحاصله ضم نفسه إلى المشتري فيما باعه منه وهذا وإن كان في ملكه لكنه إذا كان مفيدا يصح كما في شراء رب المال مال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فيقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري. **مسألة** اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفان ولو باعاه مرابحة بربح مائة أو بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثا لأن الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر التساوي في المحل دون الثمن الأول أما بيع المرابحة والتولية والوضيعة فباعتبار الثمن الأول ألا يرى أنه لا تستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن وتستقيم بيع المساومة فيه وكذا لو اشترى بعوض لا مثل له والثمن الأول كان أثلاثا منهما فكذا الثاني توضيحه أنا لو اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الأول كان البيع مرابحة في حق أحدهما ووضيعة في حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الأول كذلك بخلاف المساومة الكل في المبسوط.

فصل لما ذكر اشتراط المساواة في رأس مال شركة المفاوضة احتاج إلى بيان ما تصح به فقال لا تنعقد الشركة أي شركة المفاوضة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة يعني لا تنعقد المفاوضة إذا ذكر فيها المال إلا بهذه الثلاثة إنما قلنا هذا لأنه ذكر في المبسوط أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال وصدق بعض المفاوضة ينعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس وهو يناقض لا ينعقد المفاوضة إلا بالدراهم الخ لأن الإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد بما ذكرنا يخرج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعروض المثلي وقال مالك يجوز

ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب لا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف رح والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رح لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله

بالعروض اذا اتحد جنسهما وقال الاوزاعي وحماد بن ابي سليمان يجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع التفاضل في بيعهما يرجع كل بالقيمة عرضه عند العقد وكما لا يجوز بها
بالعروض لا يجوز ان يكون راس المال احدهما عرض والآخر دراهم او دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم
انه لو دفع الى رجل الفا وقال اخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صح الا انه لابد ان تقيم البينة انه فعل ليلزم الآخر اذا لم يصدقه لو ثبتت وضيعته
وقيد بالدراهم والدنانير لاخراج الحلي والتبر فلا يصلحان راس مال الشركة الا فيما سنذكر واما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم ابو الفضل في الكافي
فيهما خلافا بل اقتصر على ان قال لا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية
عن ابي حنيفة وابي يوسف لانها انما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليس ثمنا في الاصل وهم لم يتعاملوا ان يجعلوها راس مال الشركة وعند محمد يجوز
وهو قول ابي يوسف رح الاول وقال المص قالوا يعني المتاخرين هذا قول محمد ويستدل عليه بمسئلتين احدهما ان الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع
فلس بفلسين اذا كان بعينهما عند محمد خلافا لهما وسياتي الوجه والتقييد باعيانهما احتراز اما لو باع فلسا بفلسين دينا فانه لا يجوز اتفاقا لان حرمة النساء تثبت
باتحاد الجنس وهو قول مالك لان الجنس اذا كان متحدا فقد عقدت على راس مال معلوم فكانت كالنقود بخلاف المضاربة حيث لا يجوز الا بالنقود
لانها شرعت على خلاف القياس لما فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه فيقتصر على مورد الشرع ولنا ان راس
مال الشركة في العروض والمكيل والموزون يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل منهما عرضه وتفاضل الثمنين فما يستحقه احدهما من الزيادة
على حصة راس ماله الذي هو ثمن عرضه ربح ما لم يملكه ولم يضمنه بخلاف النقود فان كل واحد منهم وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل منهما لا يتعلق براس المال
لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربحه ربح ما ضمنه فان قيل هذا لا يلزم لانه يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما مكيلين او موزونين او غيرهما متحدي
القيمة كثياب للكرباس من مائة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحبة مثلا فاذا باعا جملة في وقت طلوع السعر من ذلك لم يعلم ان
عدد ما بيع من الآخر وقبضه المشتري تساويان بل الظاهر انهما متفاوتان فيلزم اختصاص احدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه وتخاصص عنه لنقص لا يضبط
قدر ملكه وهو مجهول فيؤدي الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الآخر ما لم يضمن لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ولا يفيد ان العلم بالقيمة فيؤدي
الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر راس المال قيمة العروض اما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد
خلطاه فيه فلا تنازع نعم اللازم ربح ما لم يضمن وتعذر ما يدفعه ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع الانسان ماله على ان يكون
الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراؤه شيئا بماله على ان يكون الآخر شريكا فيه يجوز وعلمت ان الخلط لا ينفي ذلك ووجه قول محمد ان الفلوس اذا كانت نافقة
تروج رواج الاثمان فالحقت بها ولابي حنيفة وابي يوسف ان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة فانها باصطلاح الناس لا بالخلقة ففي كل ساعة ينتفي باعتبار الخلقة
وتصير ثمنا بالاصطلاح القائم ولا يخفى ان هذا انما هو في الملاحظة اما في الخارج فهي ثمن مستمر باستمرار الاصطلاح عليها ولهذا قال الاسبيجابي الصحيح ان عقد الشركة
على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس ولهذا لو اشترى شيئا بفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد بهلاكها
قال المص وروي عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس واظهر لان قوله مع ابي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين وعن ابي حنيفة جواز المضاربة
بها وعلى ما ذكر في مبسوط الاسبيجابي يجب ان يكون قول الكل لان على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس
بفلسين كما ذكرناه فيما يليه حيث قال ولا يجوز الشركة بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بها كالتبر وهو غير المضروب والنقرة وهي القطعة المذابة

ولمحمد رح انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد رح ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء

منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب وفضة ومراده التبر فعلى هذا التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح راس مال الشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى هذا يصلح راس مال فيهما وهذا لانهما انهما خلقا ثمنين ثم قال الا ان الاول اصح يعني دراية لانهما انما خلقا للتجارة لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص فخرج ضربها حليا فانها تتعين للتبر وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم يجر التعامل بها ثم قال الا ان يجري التعامل بها اي بالتبر والنقرة استثناء من قوله الاصح وهو كونها لا تصح الشركة بها فكان الثابت انهم لو تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت راس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله اي القدوري لا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط لانها عروض محضة لكل منهما ساعة ربحه وضيعة يختص بربحه وكذا ان خلطا ثم اشتركا عند ابي يوسف اي لكل منهما ساعة يختصه ربحه وضيعته لانتفاء شركة العقد والوضيعة خسارة التجارة يقال منه مبنيا للمفعول وضع التاجر ووكس في سلعته يوضع وضيعة اي خسر وقال قوم من العرب وضع يوضع كوجل يوجل وعند محمد رح تصح شركة عقد اذا كان الخلط بما واحد وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح فعند ابي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم ثم قول ابي يوسف هو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لانه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصلح راس مالهما والا يصلح راس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما ان ما يتعين من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يودي الى ربح ما لم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا لان المخلوط لا يكون الا متعينا فيتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد قوله ولمحمد رح انها اي المكيل والموزون والعددي المتقارب عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين ثمن من وجه حتى يصح الشراء بها دينا في الذمة وهو من حكم الاثمان فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين وهما الخلط وعدمه فشبهة العروض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بها اعتبارا بشبه الثمن لعمل في جواز الشركة بها بالعقد وهذا لان بالخلط تثبت شركة الملك فيتأكد بها شركة العقد بخلاف العروض المحضة فانها ليست ثمنا بحال في ظاهر الرواية وهو الا وجه الا ان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبه بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشي متاصلا في حقوق له شبه باخرى لا يقال له شبهها وغايته ان الثبوت في الذمة عرض عام لتحقيقه في الخلط والمفسد وهو ربح ما لم يضمن لا يختل بالخلط والا لزم قول مالك وقد بينا ولو كان المخلوط المتجانسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق والفرق لمحمد بين ما اذا عقدا بعد خلط في متفقي الجنس حيث يجوز والمختلفين حيث لا يجوز ان ما من جنس واحد من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه بمثله فيمكن تحصيل راس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل والمخلوط من جنسين من ذوات القيم حتى يلزم متلفه قيمته فيتمكن الجهالة اذ لا يمكن ان يصل كل منهما الى عين حقه من راس المال وقت القسمة كما في العروض قوله وحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قيل اراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله انه بينه في غيره الا انه خلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل ان الخالط آخذ بالثمن لصاحب المخلوط ماله اذا خالطه بجنسه او بخلاف جنسه ولا تميز كما لو رجل خلطه بزيت غيره او تميز بعسر كحنطة خالطها بشعير لانه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لانه يمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان اجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيرا كان او صغيرا او كان في عياله فان لم يظفر بالخالط فقال احد المالكين انا آخذ المخلوط واعطي صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا تراضيا بذلك صح وان ابى يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما ذكروا هو ان يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التي بيعت بها والشعير

قال وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة قال رضي الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله إذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كانت بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما يثبت به الشركة

يزداد قيمته بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق أن يضرب بها مخلوطا فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قيل هذا الجواب أي التقسيم
على قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة أن الملك لمالكه لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط أما على ما هو
مذهبه المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والأصح أنه قولهم جميعا لأن ملكهما وإن انقطع عن المخلوط
فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما إلى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط أو
صلحهما بالتراضي أو بيعا وقسمة الثمن فإن اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد كيلي أو موزون صار عينا مشتركة فإذا باعاه اقتسم على قدر ملك كل
شرح منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعاها بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعه لأن كلا منهما بائع لملكه والثمن إنما يدخل في العقد من العوض فيقسم
عليهما باعتبار القيمة وإن كانا جنسين مثليين فالثمن بينهما إذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطا لأن الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ذلك
لكل منهما وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فيعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا إن لم يزدد بالخلط قيمة أحدهما لأنه دخل في البيع بهذه الصفة
فإن كان أحدهما يزيده الخلط خيرا فإنه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير تزداد إذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب
بقيمته غير مخلوط لأن تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لأن النقصان حاصل
بفعل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب إلا بذلك القدر وقد طعن عيسى رح في الفصلين جميعا فقال قوله في الفصل الأول إنه
يعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لأن استحقاق
الثمن به وصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل جملة فإن قيمة الثمن على القيمة يكون وقت البيع إلا أن يكون قيمته يوم البيع و
يوم الخلط والقسمة سواء ورده شمس الأئمة بأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى قيمة مثله في الأسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى
يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع فإذا تعذر هذا وجب المصير إلى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كما في جارية مشتركة
بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار إلى معرفة قيمته في أول الأوقات
التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصار إلى معرفة قيمة كل في أول أوقات الإمكان وهو عند الخلط إلا أنه إذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما
وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة أي القسمة
باعتبار أن عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الأمثال فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل إلى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما يخص
كل منهما بخلاف ما إذا لم يخلطا لأن تقوم ملك كل منهما وقت البيع هناك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع **قوله** وإذا أراد
الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فيصير شركة ملك ثم عقد الشركة مفاوضة أو عنانا فقيل هذا على قياس قول محمد في
المكيل والموزون وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز إلا أن يكون مضافة إلى حال بيعهما العروض بالدراهم فإنه يجوز لأنه مضاف إلى المستقبل وعقد الشركة
يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل وإنما ثبت العقد بالدراهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهما وقد توارثت كلمة أهل المذهب عليه هذا لأن
المانع من كون رأس مال الشركة عروضا كل من أمرين لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس المال كل منهما عند القسمة وكل منهما انتفت فيكون كل
ما يجده الآخر ربح ما هو مضمون عليه ولا يحصل جهالة في رأس مال كل منهما لأنه لا يحتاج إلى معرفة رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك

قال وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بز أو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا ينعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الإعراض يقال عنّ له أي أعرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى أو أكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى قرض باشتراطه للعامل أو إلى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما **قال** ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه

بالجزء فتمنع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه بناء على الشركة يكون كل الحاصل من الثمن بينهما نصفان فعلى هذا فقول المصنف وهذا الشركة ملك مشكل ومن المشايخ من جزم بانه قصد الى الخلاف حقيقة اختيارا منه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريق الخلاف كما قال القدوري في اول الكتاب ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة فقال المصنف النية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف وكذا اختار شمس الائمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة راس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للازم وهو ربح ما لم يضمن وجهالة راس مال كل منهما الباطل وعلمت انه منتف **قوله** واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع من التجارات بز او طعام او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة لانها خاصة بالمفاوضة فعلى هذا لو ذكراها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم تكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عنانا ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا ثم كفالة كل الآخر زيادة على نفس الشركة كما انها تكون عنانا مع العموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الا ان الاولى قد يرجح بان هذه الكفالة لمجهول فلا تصح الا ضمنا فاذا لم يكن ما تتضمنها الشركة لم يمكن ثبوتها الا قصدا فلا يصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بان ذكرا كل مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح لان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة **قوله** من عن له اذا اي عرض قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كأن نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذيل

اي عرض لنا سرب اي قطيع يريد به من بقر الوحش كان نعاجه عذارى اي ابكار ودوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وبضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيه لنعاج البقر في اشتهار لحمها لسمنها بالعذارى في الملاء المذيل اي الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضي مساواة بل عروض غرض تعلق بقدر من الاختلاط قليله وكثيره وعمومه وقيل مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي فانه جعل كلا منهما عنان التصرف في بعض ماله الى شريكه وبعضه لنفسه او يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولا وقصرا في حالتي الارخاء وضده الا انه اشتقاق غير صحيح الا فيما سمع ولا ندبه كما في استحجر الطين وامثاله **قوله** ويصح ان يتساويا في راس المال ويتفاضلا في الربح وعكسه بان يتفاضلا ويتساويا في راس المال وتيفاضلا في الربح وهو قول احمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله ويتفاضلا الخ ليس على اطلاقه بل ذلك فيما اذا اشترط العمل عليهما سواء عملا او عمل احدهما او شرطاه على من شرطا له زيادة الربح وان شرطا العمل على اقلهما ربحا لا يجوز وجه قول الثلاثة انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان استحقاق احدهما تلك الزيادة بلا ضمان اذ الضمان بقدر راس المال وصار كالوضيعة فانها لا تكون الا على قدر راس المال اعتبارا للربح بالخسران ولنا ما ذكر المشايخ من قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطاه والوضيعة على قدر المالين ولم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبه الى علي ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل وان هذا العقد اي شركة العنان يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال غيره وهو الشريك ويستربح به ويشبه شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة في اشتراط الزيادة لاحدهما وهو الذي شرط عمله ينفرد او مع الآخر وان كان ربحا بلا ضمان ويشبه المفاوضة حتى اجزنا اشتراط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل على رب المال فيبطل اعتبار شبهها الآخر الذي باعتباره اجزنا الزيادة في الربح لاحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لاحدهما فانه لا يجوز لان العقد يخرج عن الشركة والمضاربة

[illegible]

الا بمال قرض ان شرط للعامل كله اقرضه بالرضا فيستحق جميع ربحه وفي البناية ان شرط الرب لمال الالانه يرد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس حيث
فلا يقاس عليها فلا يجوز شبهها الا ان يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال المشروط الزيادة مشروط عماد ان شرط للعامل للآخر
لكن قد يكون ذلك احذق واقوى الخ قوله اذ اللفظ اي لفظ العنان لا يقتضي المساواة ولا ينبئ عنه لمعتبر في مفهومه فلهذا جاز ان يعقدها كل بجنس ماله ويجوز ان كان
من جهة احدهما دنانير ومن الآخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة احدهما وبيض من جهة الآخر وان تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرطا فيه تساويا او تفاوتا
على قدر قيمة دراهمهما بالشرط الذي بيناه قوله واذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة وكذا لو هلك احد المالين قبل الخلط وقبل الشراء هلك من مال صاحبه وحده
سواء هلك في يد مالكه او يد شريكه لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التميز وتبطل الشركة اما الاول فلان مال كل واحد منهما
قبل الشركة وقبل الخلط باق على ملكه واما بطلان الشركة فلان المعقود عليه في عقد الشركة المال لانه يتعين بالتعيين في الشركة كالهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف
المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض حتى لو اشترى الوكيل يجعل ذلك المال في ذمته كان مشتريا للموكل
حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله اما لو هلك قبل الشراء فانما يبطل العقد لان
الموكل لم يرض بكون الثمن باقيا في ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال احترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فانها تبطل ببطلان
الشركة وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه اي الشريك الذي لم يهلك ماله لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه هو ايضا في ماله تحقيقا
لبنائه فاذا فات ذلك ظهر وقوع ما لم يكن راضيا به عند عقد الشركة فيبطل العقد لعدم فائدته وهو الاشتراك فيما يحصل قوله فان اشترى احدهما بماله ثم هلك مال الآخر
فالمشتري بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع مشتركا لقيام الشركة وقت الشراء لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه فلا يتغير الحكم اي
حكم الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة الواقعة في هذا المشترى بعد هلاك مال الآخر شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد فانها شركة ملك عنده
حتى لا ينعقد بيع احدهما الا في نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلكت قبل الشراء بمال الآخر ولمحمد ان الحكم ذلك الشراء حين
الملك فيلزم من انفراد الملك بعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد رحمه الله عليه تقرير ان هلاك مال احدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بعقد الشركة بالمالين واذا ادى
المشتري على الشركة يرجع على شريكه بحصته من الثمن لانه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين
اولا ثم هلك المال الآخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة بان قالا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بيننا كذا صور في المبسوط فالمشترى
مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فيكون شركة ملك لهذا جمع في المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسئلة حيث
قال محمد رح في بعض المواضع فان اشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما فحمل محمل الاول اذا لم تكن
في الشركة وكالة مصرح بها ومحمل الثاني اذا صرحا على ما ذكر وقوله لما بيناه يريد قوله لانه وكيل فيه من جهته الخ قوله وتجوز اي الشركة وان لم يخلطا المال
به قال مالك واحمد رح الا ان مالكا شرط ان يكون تحت يديهما بان يكون في حانوت او في يد وكيلهما وقال زفر والشافعي لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يكون
الفرع على الشركة الا والاصل على الشركة وانه اي الشركة في الاصل على معنى الاشتراك بالخلط لما سلف من ان سببها الاختلاط والخلط على ما حققناه فلا تحقق
شركة بلا خلط وقد اتفقنا على ان المعتبر في كل عقد شرعي ما هو مقتضى اسمه قال المصنف اي كون الربح فرع المال اصل كبير لهما حتى تفرع عليه اعتبار اتحاد الجنس
فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير ولا اذا كان لاحدهما بيض وللآخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز احدهما عن الآخر ولا يجوز

ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل **قال** ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة **قال** ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا **قال** ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فيتضمنها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله **قال** ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله

التفاضل في الربح مع التساوي في المال لاختلاف الشركة في الاصل والفرع ولا شركة في التقبل والاعمال لعدم المال **قوله** ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال حاصل تقرير الشارحين ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة وانت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علته لما عرف ان لا اثر للعلة البعيدة في الحكم وحقيقة الاضافة اولى بالاعتبار من مجاز ما في حكم يبتني على الاضافة وانما وجه التقرير المراد ان الربح استحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس معنا الا الى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا الى نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الى التصرف في المال معناه انه الكسب عن التصرف فيه وليس هذا بمفيد لانه هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك ان حله انما يضاف الى العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان ما ذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للمتصرف كما في المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي يسمى شركة فيتحقق معناه بما يفيده شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف وحالا ان احدهما عن الآخر ليكون علة لعلته بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس الا فيه فاذا كان كذلك فلا يتوقف الاسم على خلطهما لان المال العقد شرط لتحققها خارج عنه ثم قال المصنف ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني الشراء بهما فيه الربح حتى جاز ان يخرج غيرهما فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط تحققت في المستفاد به اي بدون الخلط فصار كالمضاربة تتحقق الشركة في الربح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لانه العقد في المحل قلنا انما بطلت لعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كهلاك المبيع قبل القبض فاذا كان الاصل هو العقد لا المال لم يشترط اتحاد الجنس ولا التساوي في رأس المال ولا في الربح وصح شركة التقبل **قوله** ولا يجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لاحد من اهل العلم ووجه ما ذكره المصنف بقوله لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لاحدهما على ذلك التقدير واشتراط لاحدهما يخرج العقد من الشركة الى قرض او بضاعة على ما تقدم وقوله ونظيره في المزارعة يعني اذا شرط لاحدهما قفزانا مسماة بطلت لانه عسى ان لا يخرج الارض غيرها **قوله** ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة من المشاركين ولان له ان يستأجر على عمل التجارة والتحصيل للربح بغير عوض دونه وانه اقل ضررا فاذا ملك ما هو اكثر ضررا ملك ما هو اقل وظهر ان لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف **قوله** وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر بدا منه في بعض الاوقات والمضائق وقوله يدفعه مضاربة لانها دون الشركة لان الوضيعة في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة وعن ابي حنيفة برواية الحسن انه ليس له ذلك لانه نوع شركة في الربح والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة في الربح غير مقصودة فانما المقصود تحصيل الربح فصار كما اذا استأجره باجرة ليعمل له بعض اعمال التجارة بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة فان احد الشريكين لا يملك ان يشارك غيره في مال الشركة لان الشيء لا يستتبع مثله واورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده والاقتداء المفترض والمتنفل بمثلهما والناسخ مثل المنسوخ فاجيب بان ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل بالطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس بطريق الاستتباع بل تلك مبنية عليهما وحقيقة الناسخ مبين لا غير على انه ليس ما نحن فيه مثال اليسير ولكل واحد ان تشتري النسيئة وان كان الشركة في

قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة

استحسانا وليس لاحد شريكي العنان ان يرهن اي رهن عينا من مال الشركة بدين من التجارة عليه ولا الارتهان بدين له بخلاف المفاوض اي يرهن ويرتهن على الشركة
فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين
سواء ذهب بحصته ويرجع على شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك
الرهن في يده كالاستيفاء وكذا اذا باع احدهما فليس للآخر قبضه وللمدين ان يمتنع من دفعه اليه ويبرأ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لاحد
منهما ان يخاصم فيما ادانه الآخر او باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا ان يؤخر دينا فان اخره لم يمض على الآخر وكذا لا يمضي اقرار احدهما بدين في تجارتهما الا
فان اقر وانكر الآخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان او مباشرا وان اقر انهما ولياه وانكر الآخر
لزمه نصفه ولو اشترى احدهما شيئا فوجد به عيبا لم يكن للآخر ان يرده لان ذلك من حقوق العقد ولو اخذ احدهما مالا مضاربة اختص بربحه لان مال المضاربة
ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد احدهما لصاحبه اي لشريكه بما ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويمضي اقراره عليه وشاركه شركة عنان
ويمضي على الآخر بخلاف شريكي العنان ويجوز قبض كل من المفاوضين ما اذانه الآخر او اداناه او وجب لهما على رجل من غصب وكفالة او غير ذلك
او يرد بعيب ما اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء
من هذا اول الباب ولكل من شريكي العنان ان يوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من اعمال التجارات والشركة انعقدت لها
بخلاف الوكيل صريحا بالشراء ليس له ان يوكل به لانه عقد خاص طلب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لاحدهما ان يعمله اذا نهاه شريكه
عنه لم يكن له عمله فان عمله ضمن نصيب شريكه ولهذا لو قال احدهما اخرج دمياط ولا تجاوزها فجاوز فهلك المال ضمن حصة شريكه لانه نقل
حصته بغير اذنه وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعدما كان اذن له فيه **قوله** ويده اي يد الشريك مطلقا في المال يد امانة لانه قبض المال لا على وجه البدل
والوثيقة فيكون امانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء فانه قبضه على وجه اعطاء البدل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثق بدينه فيضمن
بذلك الدين واذا كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة وكان امانة واعلم ان جميع الامانات اذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل
الا في مسائل احدها اذا مات احد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده لا يضمن لشريكه نصيبه والاخرى في السير اذا اودع الامام بعض الغنائم
في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات فنذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى **فروع** في اختلاف المتفاوضين قد علم انه ليس لاحد المتفاوضين
ان يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ولو ادعى على آخر انه شاركه مفاوضة فانكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه
وعلى المدعي البينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان اقام البينة فشهدوا انه مفاوضه او زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده
من شركتهما او قالوا هو بينهما نصفان قضي للمدعي بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضى بذلك
فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك ان هذا العين لي ميراثا مما في يده واقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند ابي يوسف لان ذا اليد صار
مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضي عليه في اثبات الملك لا تقبل الا ان يدعي تلقي الملك من قبل المقضي له كما لو كانت الشهادة مفسرة
ولو ادعى ذو اليد عينا في يده انها له خاصة وهب شريكه منه حصته واقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقي الملك منه ولو ادعى انه
مفاوضه والمال في يد المدعى عليه فاقر وقضي عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده ميراثا او هبة واقام بينة قبلت ثم الفرق لابي يوسف ان ذا اليد صار

قال واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لان هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رح فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتاديته اليه وصار كشركة الوجوه لكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم تحققه في شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة

مقر بالمفاوضة مدع للميراث ولا منافاة بينهما وقد اثبت دعواه بالبينة وفي الاول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه الا ترى انه لو لم يكن اقام البينة في صورة الانكار لم يستحلف خصمه واذا مات احد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحي ذلك فاقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشيء فيما في يد الحي لانهما شهدا بالعقد علما ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت احدهما ولانه لا حكم فيما شهدا به في المال الذي في يده في الحال لان المفاوضة فيما مضى لا توجب ان يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما الا ان يقيموا انه كان في يده في حيوة الميت وانه من شركتهما فانهم ح شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه ولو كان المال في يد الورثة فجحدوا الشركة فاقام الحي البينة على المفاوضة واقاموا ان اباهم مات وترك هذا ميراثا من غير ان بينهما لم تقبل منهم لانهم جاحدون فانما يقيمونها على النفي وقد اثبت المدعي الشركة فيما في ايديهم فيقضى له بنصفه وصحح شمس الائمة ان هذا قولهم جميعا ولو قالوا مات جدنا وترك ميراثا لابينا واقاموا البينة على هذا الا تقبل في قول ابي يوسف وتقبل في قول محمد كما لو كان المفاوض حيا واقام البينة على ذلك احد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فاذا افترق المتفاوضان فاقام احدهما البينة ان المال كله كان في يد صاحبه وان قاضي بلده كان قضى بذلك عليه وقسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين فاقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه او غيره فان كان من قاض واحد واعلم تاريخ القضائين اخذ بالآخر وهو رجوع عن الاول لقضائه والله العليم وان كان القضاء من قاضيين لزم كلا منهما القضاء الذي انفذه عليه لان كلا منهما صحيح ظاهرا فيحاسب كل صاحبه بما هو عليه ويترادان الفضل **قوله** واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل وشركة الابدان وشركة الاعمال فنحو الخياطين والصباغين يشتركان في ان يتقبلا الاعمال ونحو الصباغ والخياط يتقبلان ذلك ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها اي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية اي الشريكين وهو التثمير اي الربح لانه لا بد في الربح من رأس المال لانه يبتنى عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط ولنا ان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل ايضا كما مر فيجاز بالتوكيل بان يوكل كل الآخر بتقبل العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل اصيلا في نصف العمل المتقبل وكيلا في نصفه الآخر فتتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل فائدة عمله وهو كسبه وان عمل احدهما كان للعامل بمعنى الشركة فيما لزمه تقبله عليه وهو جائز لان المشروط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه او وكيله بنفسه الا ترى ان نحو الخياط يتقبل ثم يستاجر من يعمله ويدفعه الى مالكه فتطيب له الاجرة ومن صورة هذه الشركة ان يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس ان لا يجوز لان من احدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازه لان التقبل من صاحب الحانوت عمل **قوله** ولا يشترط فيه اي في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك واورد عليه انه قدم في اشتراط الخلط ان من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو بناء على اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان اجيب بان عن زفر في جواز شركة التقبل روايتان ذكرهما في المبسوط ففرع رواية المنع على شرط خلط المال وذكر هنا شرطه في تجويزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله لان المعنى المجوز لشركة التقبل من كون المقصود تحصيل الربح لا يتفاوت بين كون العمل في دكانين او دكان وكون الاعمال من اجناس او جنس فلا وجه لاشتراطه شرطا بلا دليل يوجبه **قوله** ولو شرطا العمل نصفين يعني التساوي في العمل والربح اثلاثا جاز لشرط كون المشروط له مشروطا عليه العمل في القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل اذ لا مال عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لاحدهما ربح ما لم يضمن فلم يجز كما لم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشتري بالوجوه ولما كون التفاضل يجري فيها اذا شرطا التفاوت في تملك المشترى فان اشتركا على ان ما اشتراه كل يكون للآخر

قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر ويبرأ الدافع بالدفع إليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل **قال** وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الأبدال وإذا أطلقت تكون عنانا لأن مطلقه ينصرف إليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل **قال** وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتتعين الوكالة فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز أن يتفاضلا فيه وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثا فالربح كذلك وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والأستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى وكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث إن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلتحق بها والله أعلم

فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لأن حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح وهو ههنا مختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فإنما يقال الربح مجازا وإنما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير إن يجب بالتراضي فما قدر لكل منهما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا إذا كان أحدهما أحذق في العمل وأهدى وعلى هذا الحجة خلافا لبعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لأكثرهما عملا وصححوا الجواز لأن الربح بالعمل لا بحقيقة العمل ولهذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف نعلمه وقوله بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق فإن الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح ربح ما لم يضمن وهو لا يجوز إلا في المضاربة على خلاف القياس هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار شركة الوجوه يعطي ظاهره بطلان العقد لشرط الزيادة والوجه أن تبطل الزيادة فقط ليستحق مثل الأجر فإنه نص في شركة الوجوه التي شبه بها على ذلك في شرح الطحاوي فقال وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وإن شرطا خلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما **قوله** وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى إن لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلا بالأجرة ويبرأ الدافع بدفع الأجرة إليه فإن كان إنما عمله الذي تقبلوا قال المصنف هذا وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع إليه الأجرة ظاهر فيما إذا عقدا شركة الصنائع مفاوضة وفي غيره وهو فيما إذا أطلق الشركة أو قيدها بالعنان استحسان فلا فرق في ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة وإذا وقعت مطلقة انصرفت إلى العنان فلم تثبت المفاوضة إلا بالنص عليها أو على معناها وبهذا علمت أن لا فرق بين إطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا في أن المنعقد عنان والكفالة تقتضي المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه الشركة أعني شركة الصنائع مقتضية للضمان في القدر الذي ذكرنا لأنها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولهذا استحق من الأجرة بعض ما يسمى الآخر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى هذا العقد عنانا وإن كان مجرى المفاوضة في ضمان العمل عن الآخر واقتضاء البدل وإن لم تقتضيه ضرورة بخلاف ما سوى هذين الأمرين هو فيها على مقتضى العنان ولهذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كثمن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن عملهم أو أجرة بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه إلا ببينة لأن نفاذ الإقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل تقبلوا أعمالا ثم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الأجرة ولا شيء للآخرين لأنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لأن المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الأجر فإذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الأجر **قوله** وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما ليشتريا بوجوههما أي بجاههما ويبيعا والربح بينهما لأن الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير أن الواو انقلبت حين وضعت موضع الهمز للموجب لذلك ولذا كان وزنه عفل وهي إنما تكون مفاوضة بأن يكونا من أهل الكفالة والمشترى بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويا في الربح ويتلفظا بلفظة المفاوضة أو يذكرا مقتضياتها كما سلف فيتحقق الوكالة والكفالة في الأبدال أي الأثمان والمبيعات وإن فات شيء مما ذكرنا كانت عنانا لأن مطلق عقد الشركة ينصرف إليه لما ذكرناه وهي جائزة عندنا ومنعها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الأعمال ونقول صحة العقد باعتبار الوكالة وتوكيل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشترى بينهما نصفين أو أثلاثا صحيح فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة تقدم معنى الثاني غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان

فصل في الشركة الفاسدة ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المال المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر المثل بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه

مع ان الربح في كل منهما من غير رأس المال ففرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح الحاق شبيه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما جوز زيادة ربح احدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه احدهما عامل في مال الآخر وعلى هذا فالمعقول ان الاستحقاق في المضاربة على خلاف القياس والالحاق غيره به لشبهه به بل لتحول الربح المستحق شرعا باحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح ما لم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وح يسقط اعتراض بعضهم بانه لو جاز ربح ما لم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم نجوز لادائها الى ربح ما لم يضمن لان في جعل رأس مال الشركة عروضا ربح ما لم يضمن لا في مقابلة عمل المستحق في مال الآخر لانه يلزم من اول الامر عند بيع العروض استفادة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع اجيب انما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا والله اعلم

فصل في الشركة الفاسدة وجه تقدم الصحيحة على الفاسدة ظاهر قوله ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وكذا الاحتشاش قوله وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه او اصابه من التكدي فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في كل مباح كاخذ الكمأة والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعه من ارض مباحة والجص او الملح او الثلج او الكحل او المعدن او الكنوز الجاهلية وكذا لو اشتركا على ان يلبنا من طين غير مملوك او يطبخا آجرا او لو كان الطين مملوكا او سهلة الزجاج فاشتركا على ان يشتريا ويطبخا ويبيعا جاز وهي شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك واحمد لان هذه شركة الابدان كالصباغين ويؤيده ما روى ابو داود عن ابن مسعود قال اشتركنا انا وسعد وعمار يوم بدر فلم اجئ انا وعمار بشيء وجاء سعد باسيرين فاشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم اجيب بان الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله فيمتنع ان يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم وفعله عليه الصلاة والسلام انما كان قبل القسمة او انه كان قدر ما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية ان غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر قوله لان امر الموكل به اي باخذ المباح غير صحيح لعدم ملكه وولايته والوكيل يملكه اي يملك المباح بدون امر الموكل فلا يصح الوكيل نائبا عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد هنا فاذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فانه يجوز مع ان الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب ان الوكيل ليس قادرا باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيما تثبت له ولاية ان يشغل ذمته بل هذا ان لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا ان الوكيل بما يجب حقا على الموكل يتوقف على اثبات الولاية عليه في ذلك والكلام في التوكيل بخلافه وانما الوجه ان الشرع جعل سبب الملك في المباح سبق اليد اليه فاذا وكله به فاستولى عليه سبق ملكه له لا يملك الموكل ولو قيل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه فاما اذا كان بقصد ذلك لغيره فلم لا يكون للغير يجاب بان اطلاق نحو قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصده وقصد قوله فان اخذاه جميعا يعني ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل او وزن ما لكل منهما ان لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في ايديهما فالظاهر انه بينهما نصفان والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف الظاهر وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل احدهما واعانه الآخر بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه احدهما وجمعه والآخر حمله فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك قوله وقد عرف في موضعه يعني كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهما وجه قول محمد ان المسمى مجهول اذا لم يدر اي نوع من الحطب [illegible]

قال وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل صاحب البغل وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء وأما وجوب الأجر فلأن المباح إذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي فقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لأن الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره كما أن الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لأنها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكمي فإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي والله أعلم

للصيبان وهل للصيبان شيئا أو لا والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفيا منافعه بعقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ والبويطي يقول بقول محمد فيما إذا لم يصيبا شيئا وفيما إذا أصابا أنه إن كان أجر مثله أكثر فهو قد رضي بما دونه من النصف وكونه مجهولا في الحال فهي حالة على شرف الزوال فإنه على عرض أن يصير معلوما عند الجميع والبيع بخلاف ما إذا لم يصيبا شيئا فإن المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالا ومآلا فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ وقوله لا يجاوز به بفتح الواو على البناء للمفعول وقوله النصف ثمن ذلك بالرفع لأنه هو النائب عن الفاعل **فرع** لهما كلب فأرسلاه فما أصاب بينهما ولو كان لأحدهما وأرسلاه جميعا كان ما أصابه لمالكه **قوله** وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء وما يحصل بينهما لم تصح الشركة اعلم أن الراوية في الأصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لأنه يرويه ويقال رويت للقوم إذا استقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء فعلى الأول أن يكون لهذا جمل وللآخر بغل فاشتركا على أن كلا يؤجر ما كل واحد فما رزقوا فهو بينهما وذلك باطل لأن حاصل معنى هذا أن كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتي على أن ثمنه بيننا ولو صرح بهذا كانت الشركة فاسدة ثم إن آجراهما بأجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الأجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل لأن الشركة لما فسدت والإجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة ببدل معلوم كان الأجر مقسوما بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على أن يتقبلا الحمولات المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤاجرا البغل والجمل كانت صحيحة لأنها شركة التقبل والأجر بينهما نصفان ولا يعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا تعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الأعمال ليعملا بتلك الآلة في ذلك البيت وإن آجر البعير أو البغل بعينه كان كل الأجر لصاحبه لأنه هو العاقد فلو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز به نصف الأجر على قول أبي يوسف بالغا ما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابة إلى رجل ليؤاجرها وما أطعم الله بينهما نصفان فإن الأجر كله لمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا أن تقديره أنه قال بع منافع دابتي ليكون الأجر بيننا ثم الأجر كله لصاحب الدابة لأن العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بأمره وللعاقد أجر مثله لأنه لم يرض أن يعمل مجانا بخلاف ما لو دفع إليه دابة ليبيع عليها طعاما للمدفوع إليه على أن الربح بينهما نصفان فإن الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثلها لأن العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها والربح للعامل وهو صاحب الطعام لأنه كسب له وعلى الثاني أن يكون لهذا البغل وللآخر مزادة فاشتركا على أن يستقيا الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال أحمد والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل المزادة إن كان صاحب البغل وأجر مثل البغل إن كان صاحب المزادة وجمع المزادة مزاود ومزايد أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو نقل لما رواه وأما وجوب الأجر فلأن المباح قد صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجره **قوله** وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال كالألف لأحدهما مع ألفين للآخر فالربح بينهما أثلاثا وإن كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل الآخر وشرطا الربح أثلاثا بطل شرط التفاضل ويقسم نصفين بينهما لأن الربح في وجوده تابع للمال وإنما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطلان العقد فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال الموكد له ونظيره البذر في المزارعة والريع الزيادة **قوله** وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة عنانا أو مفاوضة كانت أو عنانا إذا قضي بلحاقه على الثبات حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وإن لم يقض القاضي بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع فإن عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه فهما على الشركة ولو مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فإن لم يقض القاضي ببطلانها حتى أسلم عادت المفاوضة

فصل وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف في المأمور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الآمر بنفسه لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم او لم يعلم ولابي حنيفة رح انه مأمور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداء وعري اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار

فان مات بطلت من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف بل تصير عنانا عند ابي حنيفة لا وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجي وانما بطلت الشركة بالموت لانها تتضمن الوكالة اي شرطها ابتداء وبقاء وبها ضرورة فانها لا تتحقق ابتداء وبقاء الا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الا بابقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع السوال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الاصل وبطلانها بالالحاق لانه موت حكمي على ما بينا من قبل في باب احكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما اذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لانه عزل حكمي فان ملكه يتحول شرعا الى وارثه علم بموته او لا فلا يمكن توقفه وقد نفذه الشرع حيث نقل الملك بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة ومالها دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي لانه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما اذا كان مال الشركة دراهم او دنانير لانه لو كان عروضا فلا رواية في ذلك عن اصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فان كان مال المضاربة دراهم او دنانير صح نهيه غير انه يصرف الدراهم بالدنانير ان كان راس المال الشركة دنانير وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصح فجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بان مال الشركة في ايديهما معا وولاية التصرف اليهما جميعا فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقدا كان او عرضا بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عرضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه **فرع** انكار الشركة فسخ وقوله لا اعمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامنا القيمة لنصيب شريكه وفي الخلاصة قال احد الشريكين لصاحبه انا اريد ان اشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشتراها لا يكون له ولو قال للوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم انه فرق فقال ان الوكيل يملك عزل نفسه اذا علم الموكل رضي او سخط بخلاف الشريك فان احد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضا صاحبه انتهى وهذا غلط وقد صحح هو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فان احد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها الا برضى صاحبها وفي الرضا احتمال يعني اذا كان ساكتا والمرجح عدم وقوع المشتري على الاختصاص بالشك وعلى هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رأس اموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحي لتجارة شركتهم فتشارك الحاضران آخر على ان ثلث الربح له والثلثين بينهم اثلاثا ثلثاه للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال سنتين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشيء فاقتسموا ولم يزل العمل معهم هذا الرابح حتى خسر المال او استهلكه فاراد الغائب ان يضمن شريكيه لا ضمان عليهما وعمله بعد تلك رضا بالشركة لان هذا اخص من السكوت

فصل لما كانت احكام هذا الفصل بعدت عن الشركة اذ ليست من امور التجارة والاسترباح افردها بالفصل واخره **قوله** واذا اذن كل ان يؤدي زكاته اذا حال الحول فحال فادى وقد ادى الاذن المالك ضمن لشريكه ما اداه علم باداء الاول او لم يعلم عند ابي حنيفة وعندهما لا ضمن الا بالعلم باداءه كذا ذكره في كتاب الزكوة من المبسوط ونقل الولوالجي ان في بعض المواضع لا ضمن عندهما وان علم باداء المالك ونصه في زيادات العتابي ان عندهما لا يضمن علم باداءه او لم يعلم وقال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا الى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر بنفسه ثم كفر المأمور وعلى هذا المأمور باداء الزكوة وهذا الخلاف فيما اذا اديا على التعاقب فان اديا معا ضمن كل نصيب الآخر عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات العتابي وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكوة كل منهما تقع بادائه بنفسه واداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل ولا يخفى انه لا يفيد لانه بعد تسليم

قال (واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية ليطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليه بنصف الثمن) لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن مقابل بالملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد وكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالنفقة والكسوة

ان اداء يتضمن عزل الوكيل فهو لا ينعزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافية الكتاب انه ادى بالامر ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما امره باداء ما هو زكوة لانا نقول ليس هذا في وسع الوكيل لان وقوعه زكوة يتعلق بامر من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه الا الاداء ولهذا لو دفع الى رجل بعقد بها دينا عليه ثم ادى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار ايضا كدم الاحصار اذا ذبح المامور بعد زوال الاحصار ولابي حنيفة انه مامور باداء الزكوة والمؤدى بعد ادائه زكوة فصار مخالفا وهذا لان الظاهر انه لا يلزم الضرر بتنقيص لمال الا لدفع الضرر الديني وقد خلا اداؤه عن ذلك فصار باداؤه معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي لا يتوقف على العلم كالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا واما الزم به من المسئلتين فقيل يمنع تسليم ابي حنيفة الجواب فيهما بل قوله بالضمان فيهما وقيل بل هو على الاتفاق والفرق ان الدم ليس بواجب على الآمر المحصر لانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار ادرك الحج او لم يدركه وليفعل افعال لانه يتحلل فيه الحج بعد الفوات لا مرمانا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه واما مسئلة الدين فالفرق انه امره بدفع مضمون على الاخذ وذلك ثابت وان كان الاخذ دائنه وهذا لان عين الدين لا يمكن قبضه بل قبض مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصا وقد وقع ولم يفت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى انه لم يقع عن قولهما ليس في وسعه ايقاعه زكوة فكان المامور به دفعا الى الفقير وقد وجد وكونه عزلا حكميا انما يمشي لو انه موقوف على كون الآمر صح بدفعه بشيئا يوقوعه زكوة وهو ممنوع وقد قيل لما امره باداء الزكوة كان ناويا لها فلو بادر الى الاداء وقع المامور به فلما اخر حتى ادى الآمر كان تاخيره سببا لوقوعه غير زكوة ولا يخفى ما فيه قوله (واذا اذن احد المتفاوضين للآخر ان يشتري جارية ويطأها ففعل) اي اشتراها ودفع ثمنها من مال الشركة فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع اليه شريكه بنصف ما ادى لانه ادى دينا عليه من مال الشركة لان الملك فيها له خاصة كالطعام له ولان الجارية دخلت في الشراء على الشركة جريا على موجب المفاوضة اذ لا يملكان تغييره فكان كحال عدم الاذن ثم الاذن بالوطي يتضمن هبة نصيبه منه اذ لا يحل الا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع الصادر من البائع لاحد الشريكين لما بينا من عدم ملكهما التغيير لمقتضى العقد ولا من الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شائعا واستشكل بانه لو ثبت الملك حكما للاحلال لكان قول الرجل للرجل احللت لك وطئ هذه الامة تمليكا لها منه وهو منتف واجيب بالفرق بان الجارية المشتركة اقبل للتمليك للشريك من الجارية التي لا يملك المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان احد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الاجنبي واما من له حق التملك كالاب في جارية ابنه فالحرمة غير محفوظة في تملك الجارية بالاحلال

كتاب الوقف

مناسبته للشركة ان كلا منهما يراد لاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل في الشركة يستبقى في ملك الانسان وفي الوقف يخرج عنه الا ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدار الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح كما في الحديث المعروف اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج الى تفسيره لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه اما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت اقف حبست قال عنترة * ووقفت فيها ناقتي فكانها * فدن لاقضي حاجة المتلوم * وهو احد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى وتجمعان في قولك وقفت زيدا او الحمار فوقف واما اوقفته بالهمزة فلغة رديئة وقال ابو الفتح بن جني اخبرني ابو علي الفارسي عن ابي بكر عن ابي العباس عن ابي عثمان المازني قال يقال وقفت داري وارضي ولا يعرف اوقفت من كلام العرب ثم اشتهر المصدر اعني الوقف في الموقوف فقيل هذه الدار وقف فلذا جمع افعال فقيل وقف واوقاف كوقت واوقات واما شرعا فحبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها او صرف منفعتها الى من احب

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه

وعندهما حبسها لا على ملك احد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسياتي تمامه فلا حاجة لافراده هنا ايضا وانما قلنا او صرف منفعتها لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وان كان لا بد في آخره من القربة لشرط التابيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا ببر الاحياء وفي الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز واما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا واما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز ان يعطى لمساكين المسلمين واهل الذمة وان خص في وقفه مساكين اهل الذمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الا ان خص صنفا منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على ان من اسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا ان قال من انتقل الى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاف فما نعلم احدا من اهل المذهب تعقبه غير متاخر يسمى الطرسوسي شنع بانه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سببا للحرمان وهذا للبعد من الفقه فان شرائط الواقف معتبرة اذا لم تخالف الشرع والواقف مالك له ان يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله ان يخص صنفا من الفقراء دون صنف وان كان الوضع في كلهم قربة ولا شك ان التصدق على اهل الذمة قربة حتى جاز ان يدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا او ان يدفع الى صنف دون صنف فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء ارايت لو وقف على فقراء اهل الذمة ولم يذكر غيرهم اليس يحرم منه فقراء المسلمين ولو دفع المتولي الى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله والاسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه هذا المال والسبب هو اعطاء الواقف المالك وشرط صحة وقفه ان يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلا فاذا خربت يكون للفقراء كان للفقراء ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك خلافا ومعلوم خلاف ابي حنيفة في الوصية فانه انما شرط ان يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو انكر فشهد عليه ذميان عدلان في دينهم قضي عليه بالوقف ولو وقف على ان يحج به او يعتمر لم يجز لانه ليس قربة عندهم بخلاف ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم اما المرتد اذا وقف حال ردته ففي قول ابي حنيفة موقوف ان قتل على ردته او مات بطل وقفه وقول محمد اذا انتحل دينا جاز منه ما يجيزه لاهل ذلك الدين اما المرتدة فابو حنيفة يجيز وقفها لانها لا تقتل واما المسلم اذا وقف وقفا صحيحا في اي وجه كان ثم ارتد بطل الوقف ويصير ميراثا سواء قتل على ردته او مات او عاد الى الاسلام الا ان اعاد الوقف بعد عوده الى الاسلام وحكى الخصاف في وقف المرتد خلافا بين اصحابنا على الخلاف في الذمي يتزندق يهوديا او نصرانيا او مجوسيا قال بعضهم امره على اختياره واقر الجزية عليه لاني ان اخذته بالرجوع فانما اردته من كفر الى كفر ولا اسلي ذلك وقال بعضهم لا اقره على الزندقة واما الصابئة وان كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا الا الدهر فهم صنف من الزنادقة وان كانوا يقولون بقول اهل الكتاب صح من وقفهم ما يصح من اهل الذمة وجميع اهل الاهواء بعد كونهم من اهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم اهل الاسلام الا ترى الى قبول شهادتهم على المسلمين فهذا حكم باسلامهم واما الخطابية فانما لم تقبل شهادتهم لانه قيل انه يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لانهم يدينون تصديق المدعي اذا حلف انه محق ومن شروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب ارضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها اليه او صالح على مال دفعه اليه لا يكون وقفا لانه انما ملكها بعد ان وقفها هذا على انه هو الواقف اما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فاجازه جاز بشرط الحكم والتسليم او عدمه على الخلاف الذي سنذكره وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وكذا لو اوصى لرجل بارض فوقفها الموصى له في الحال ثم مات الموصي لا يكون وقفا وكذا

قال رح الوقف لغة هو الحبس يقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة رح حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده

لو باع ارضا على انه بالخيار الى وقت نقضها فوقفها المشتري ثم اسقط البائع الخيار لا يجوز الوقف وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وسيأتيك فرع آخر يبتنى على هذا الشرط ومن شرطه ان لا يكون محجورا عليه حتى لو حجر القاضي عليه لسفه او دين فوقف ارضا له لا يجوز لان حجره ليلا يخرج ماله عن ملكه ليضر بارباب الديون او بنفسه كذا اطلقها الخصاف فينبغي انه اذا وقفها في الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع ان يصح على قول ابي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا واما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو اجر ارضا سنين فوقفها قبل مضيها لزم الوقف بشرطه ولا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض الى ما جعلها له من الجهات وكذا لو رهن ارضه ثم وقفها قبل ان يفتكها لزم الوقف فلا يرجع لا يخرج عن الرهن بذلك لو اقامت سنين في المرتهن ثم افتكها تعود الى الجهة فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر ما يفتك به افتك ولزم الوقف وان لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقف وفي الاجارة اذا مات احد المتواجرين يبطل وتصير وقفا واما شرطه الخاص لخروجه عن الملك عند ابي حنيفة الاضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به او ان يلحقه حكم به وعند ابي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا او دارا وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا متسلما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما الى متول فاما ركنه فالالفاظ الخاصة كان يقول ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه لا بأس ان نسوق شيئا من الالفاظ كالارضي هذه صدقة او قال تصدقت بارضي هذه على المساكين لا يكون وقفا بل نذرا يوجب التصدق بعينها فان فعل خرج عن عهدة النذر والا ورثت عنه لمن عليه زكوة او كفارة فمات بلا ايصاء تورث عنه وموقوفة فقط لا يصح الا عند ابي حنيفة فانه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء وهو قول عثمان البتي واذا كان مفيد الخصوص المصرف اعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لان جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشائخ بلخ يفتون بقول ابي يوسف ونحن نفتي بقوله ايضا لمكان العرف وبهذا يندفع رد هلال قول ابي يوسف بان الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فيبطل لان العرف اذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو كان موقوفة على الفقراء صح عند هلال ايضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة او حبس ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب ان يكون كقوله موقوفة وكذا اذا قال للسبيل ان تعارفوه وقفا مؤبدا للفقراء كان كذلك والا سئل فان قال اردت الوقف صار وقفا لانه محتمل لفظه او قال اردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها او بثمنها وان لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا عمل به والا سئل فان اراد الوقف فهي وقف او الصدقة فهو نذر وهذا عند عدم النية لانه ادنى فاثباته به عند الاحتمال اولى واعترضه في فتاوى الخاص بانه لا فرق بينهما وذكر في احدهما اذا لم يكن له نية يكون ميراثا ولا يخفى ان كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا الا ان المنذور به اذا مات الناذر ولم يوص بنذره يكون ميراثا الا انه اقتصر على تمام التفصيل في احديهما والا فلا شك ان في كل منهما اذا لم يكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به ولا بالقيمة يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وابو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذا لك حبس صدقة وكذا لك صدقة محرمة قيل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند اهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس او محبوسة موقوفة لانه بمعنى موقوفة فكان كافراد لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه ثمار او لا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصحيحا للكلام ما امكن كانه قال جعلت كرمي بما فيه وقفا وينبغي ان لا يدخل الثمن لما تذكر ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء لا ينبغي ان لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق يجري مجرى الوقف على انها العبارة الوافية الا ان قوله في الاسرار لو لم يقل مؤبدا لم يكن وقفا على قول عامة

وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

من يجيز الوقف يفيد ان فيه خلافا ولا يخفى فان التابيد ان يجعله في اول الامر او آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك قوله موقوفة لله تعالى بمنزلة صدقة موقوفة **قوله** قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به حاكم اي بخروجه عن ملكه او يعلقه اي يعلق الوقف بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رح يزول بمجرد القول الذي قد مناصحة الوقف به وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه اليه لعد ذلك القول وبه اخذ مشائخ بخارى واذا لم يزل عند ابي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس الا التصدق بالمنفعة ولفظ حبس الخ معنى له لان له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الوقف الا مشية التصدق بمنفعته وله ان يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان ابو حنيفة رض لا يجيز الوقف وهو ما اراد المصنف بقوله وهو الملفوظ في الاصل يعني المبسوط وفي الفتح فتقول من اخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند ابي حنيفة رح لا يجوز صحيح لانه ظهر انه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن له اثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم ان قوله لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيز الاحكام التي ذكر غيره انها احكام ذكر الوقف فلا خلاف اذن فابو حنيفة لا يجيز الوقف اي لا يثبت الاحكام التي ذكرت له الا ان يحكم بها حاكم وقوله بمنزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فظاهر وان اخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه فرع يثبت الوقف بالضرورة وصورته ان يوصي بغلة هذه الدار للمساكين ابدا او لفلان وبعده للمساكين ابدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه انها كقوله اذا مت فقد وقفت داري على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد ولا يخفى انه لا حاجة سوى الى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد ولان ملك الله تعالى في الاشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضي خان الا ان عند ابي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا الى مالك فيلزم ولا يملك هذا هو الاصح عند الشافعي واحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو رواية عن احمد ينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان اهلا للملك لا تنباع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب ذكر بعض الشافعية ان هذا قول آخر للشافعي واحمد لانه عم قال حبس الاصل وسبل الثمرة انتهى وهذا احسن الاقوال فان خلاف الاصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو خروجه لا الى مالك وثبوت ملكه او ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في الشرع مجهول من الاول المسجد وغيره ومن الثاني ام الولد المملوك فيها باق ولا تباع ولا توهب ولا تورث وكذا المدبر المطلق عندنا فكل منهما ممكن ان يقع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فان الذي في الحديث في بعض الروايات تصدق باصله مع انه ليس على ظاهره والا لخروج الى مالك آخر ثم رايناه غير مبين لقوله ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها اي بالثمرة او الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص وليل يوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدل به المصنف وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل انه ثبت قوله عليه الصلوة والسلام لعمر تصدق وقوله حبس والمفهوم منهما مختلفان لان معنى تصدق باصلها ملكه الفقير لله سبحانه ومعنى حبس احبسه على ما كان ولا يمكن ان يراد بهما الا معنى احدهما والا كان عليه الصلوة والسلام مجيبا لعمر رض في حادثة واحدة بامرين متنافيين فاما ان يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه اذ لا يقول به واحد من الثلاثة بملك الفقير للعين فوجب ان يحمل تصدق على معنى حبس هو قول ابي حنيفة رح فيحبس على ملك شرعا واذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه وصورته

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس

حكم الحاكم الذي به يزول الملك عنده ان يسلمه الى متول ثم يظهر الرجوع فيخاصمه الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فان خاف الواقف ان يبيعه قاض قبل ان يحكم به يكتب في صدق كتاب الوقف ان فلان بن فلان قاض من القضاة وغيره قاض فسد الارض باصلها وجميع ما فيها وصيته من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها لانه اذا كتب هذا لا يتجاسر احد في ابطاله لعدم الفائدة له في ذلك والوصية تحتمل التعليق بالشرط واذا ابطله قاض يصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضي خان وينبغي ان يكون هذا اذا وقف في صحته اما اذا وقف في مرضه فينبغي ان يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة فيما ذكرنا لم يكن وقف في المرض او كان فيه لكنه يخرج من الثلث **قوله** واللفظ ينتظمهما اي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه اذ ليس من مقتضياته لفظ وقفت داري اوحبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما والترجيح اي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى ان الادلة المذكورة من قبلهما انما تفيد اللزوم لا الخروج عن الملك ومن قبله تفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم ابتدأ بدليلهما فذكر حديث ثمغ هو بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين بالتنوين للعلمية والتانيث وفي غاية البيان انها في كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقات منونا وغير منون كما في زعمه قال محمد بن الحسن في الاصل اخبرنا صخر بن جويرية عن نافع مولى عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب كانت له ارض تدعى ثمغ وكان نخلا نفيسا فقال يا رسول الله اني استفدت مالا هو عندي نفيس افاتصدق به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى لا جناح على من وليه ان ياكل بالمعروف او يوكل صديقا غير متمول فيه وحديث عمر هذا في الصحيحين وباقي الكتب الستة عن ابن عمر قال اصاب عمر ارضا بخيبر فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اصبت ارضا لم اصب مالا قط انفس منه فكيف تامرني به قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر لا يباع اصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلوة والسلام تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف لحاجته الى ان يصل ثوابه اليه على الدوام وقد اشار الشيخ الى احتمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذي بسنده الى ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له ولا طريق الى تحقيق دفع هذه الحاجة واثبات هذه الصدقة الجارية الا لزومه وتقرير المعنى بانه تحققت حاجة استمرار وصول ثوابه وتمكن باسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع اذ لم يتعين الى ذلك سقوط الملك طريقا بل تحقق بالحكم بلزومه فلم يلزم زوال الملك عن هذا المعنى الصحيح فيما رجحناه من الاقوال فيما مضى ثم على التقرير يحصل مطلوبهما لانه اذا ثبت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لوما الى ذلك لانعقاد الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالاجماع لا الى مالك وكذا الاعتاق ويستجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف **قوله** وله اي لابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله اسنده الطحاوي في شرح معاني الآثار الى عكرمة عن ابن عباس رضي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما انزلت سورة النساء وانزل فيها الفرائض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن ربيعة عن اخيه وضعفوهما ورواه ابن ابي شيبة موقوفا على علي ثنا هشيم عن اسمعيل بن ابي خالد عن الشعبي قال قال علي لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من كراع او سلاح وينبغي ان يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعيد ان علم ثبوت الوقف ولذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الا سماعا والا فلا يكون والشعبي ادرك عليا رضي وروايته عنه في البخاري ثابتة وانما تقدم

ولأن الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائماً ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصاً لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصاً لله تعالى قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبداً فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشائخ

شريح فرواه ابن ابي شيبة في البيوع ثنا وكيع وابن ابي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس واخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل **قوله** ولان الملك الخ ظاهره مصادرة لجعل الدعوى جزء الدليل والاولى انه انما ذكره ليصل الدليل بالدعوى وتقريره ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف وتعلق حقوق العباد بالعين اثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما ان يكون ذلك الملك لغير الواقف اوله واتفقنا على انه لا يكون ملكاً لغيره من العباد فوجب ان يكون ملكاً للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا ان يوجب موجب لا مرد له خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك لم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله ان المسجد جعل لله على الخلوص محرزاً عن ان يملك العباد فيه شيئاً غير العبـ[ادة] وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق اجمعين اصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع به العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرها [كما ينتفع] بالمملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما الحق المسجد بها وايضاً قضية كون الحاصل منه صدقة دائمة عن الواقف ان يكون ملكه باقياً اذ لا تصدق بلا ملك فاقتضى قيام الملك فاما الاعتاق فاتلاف للمملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الائمة ان الآدمي خلق مالكاً غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها خلقت لتتملك فبالوقف لا تعود الى اصل هو عدم المملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن اباحنيفة رحمه الله يجعل عدم الخروج ملزوماً لعدم لزومه صدقة او براً وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من ام الولد والمدبر والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولاً كما صح من قوله عليه الصلوة والسلام لا يباع ولا يورث الخ وتكرر هذا في احاديث كثيرة واستمر عمل الامة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك اولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة ابي بكر ثم عمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة واسماء اختها وام سلمة وام حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن ابي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر وابي اروى الدوسي وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كلها بروايات وتوارث الناس اجمعون ذلك فلا يعارض بمثل هذا الحديث الذي ذكره على ان معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه وبالجملة فلا يبعد ان يكون اجماع الصحابة العلمي ومن بعدهم متوارثاً على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشائخ ان الفتوى على قولهما **قوله** واما تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبداً فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلته اذ لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فله ان يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط وكذا اذا قال اذا مت من مرضي هذا فقد وقفت ارضي الخ فمات لم تصر وقفاً وله ان يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا مت فاجعلوها وقفاً فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تمليك الهبة من الموقوف عليه والتمليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد رحمه الله في السير الكبير ان الوقف اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باطلاً ايضاً عند ابي حنيفة وعلى ما عرفت بان صحته اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية قالوا لو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي صح وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية يصح الرجوع عنها اما لو قال ان قدم ولدي فعلي ان اقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء

ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزمه عند ابي حنيفة رح وعندهما يلزمه
الا انه يعتبر من الثلث ولو وقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الشافعي
بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد رح لا بد من التسليم الى المتولي لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه في ضمن التسليم
الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة

به فان وقف على لده وغيره ممالا يجوز دفع زكاته اليهم جاز في الحكم ونذره باق وان وقف على غيرهم سقط لان غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المستحق لا تتعين النذر قضاء
الثابت النذر بالوقف فجاز على كل من ليس كنفسه فان قلت ينبغي ان لا يصح النذر بالوقف لانه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فانه يجب ان يتخذ
الامام للمسلمين مسجدا من بيت المال او من مالهم ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان شفيت ثم قال شئت كان باطلا للتعليق اما لو قال شئت وجعلتها صدقة
مع هذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر انها كانت في ملكه وقت التكلم فانها تصير وقفا لانه تعليق على امر
كائن والتعليق على امر كائن تنجيز والمراد بالحاكم يعني في قوله او يحكم به حاكم القاضي واما المحكم ففيه اختلاف المشائخ والصحيح انه لا يرفع الخلاف فللقاضي ان
يبطل الوقف بعد حكمه **قوله** ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو كالوصية بعد موته حتى يلزم بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في
الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رح الا ان يحكم به فيه ويورث عنه اذا مات قبل الحكم الا ان تجيز
الورثة وعندهما يلزم الا انه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة وفي فتاوى قاضي خان مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وتنقض الوقف كما لو
وقف دارا ثم جاء الشفيع كان له ان يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المديون الصحيح
وعليه ديون تحيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه ارباب الديون اذا كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته **قوله** واذا كان الملك يزول عندهما
يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الائمة الثلاثة وقول اكثر اهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق وعند محمد لا بد لزواله من التسليم الى المتولي لان
الوقف ان يجعله لله فيصير حقا له وحقه انما يثبت مسلما في ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تمليك لله تعالى والتمليك منه وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا
وقد يتحقق تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة المنجزة ولا يخفى ان التمليك لله تعالى لا يتحقق لا مقصودا ولا تبعا لانه تحصيل الحاصل المستمر ثم لا موجب
باعتباره حتى يحتاج الى تكلف توجيهه لان غاية ما يوجبه الدليل ما خروج الملك عن الوقف لا الى احد وتوجه الخطاب بصرف غلته الى من وقف عليه او توجه
الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج عن عهدة الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن ان يلاحظ
التسليم الى المستحق تسليما اليه تعالى كانه تعالى جعله نائبه في قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولي كالزكوة ويمكن الا يلاحظ شيء من ذلك بل المقصود
ليس الا فعل ما وجب بالعقد فلذا كان قول ابي يوسف اوجه عند المحققين وفي المنية الفتوى على قول ابي يوسف وهذا على قول مشائخ بلخ واما البخاريون فاخذوا بقول محمد كما تقدم وفي المبسوط
وكان القاضي ابو عاصم يقول قول ابي يوسف من حيث المعنى اقوى الا انه قال وقول محمد اقرب الى موافقة الآثار يعني ما روي عن عمر جعل وقفه في يد حفصة وغير ذلك ورد في المبسوط بانه لا يلزم كونه فعله التيمم او التبرك او لشغله
وخوف التقصير في امره وكذا جميع من نصب المتولين لا يخطر له غير تفريغ نفسه من امره واما قول محمد رح لو لم يقبل المتولي صارت يد الوقف مستحقة عليه والتبرع
لا يصلح سببا للاستحقاق على المتبرع فجوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن في يد سيده
المعتق له والناذر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها توجب عليه اخراج احدهما من يده وهذه امور شرعية لا عقلية ومما يبتنى على هذا الخلاف ما ذكر من
ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولاولاده واخرجه من يده وسلمه الى متول فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لان هذا
شرط لا يخل بشرائط الوقف ولو لم يشترط ذلك لنفسه واخرجه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية للقيم وكذا لو مات وله وصي فلا ولاية لوصيه
والولاية للقيم ولو اراد الواقف ان يعزل القيم ويرده لنفسه او يولي غيره ليس له ذلك وقال ابو يوسف الولاية للواقف وله ان يعزل القيم في حياته
ويولي غيره او يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم

قال ره واذا صح الوقف على اختلاف ما في بعض النسخ واذا استحق مكان قوله واذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال ره قوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره **قال** ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد ره لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد ره ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل ايضا عند ابي يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهايأة فيهما في غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة

الى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند ابي يوسف بدون التسليم الى القيم تم الوقف فاذا سلم الى قيم كان وكيله والا ان يعزله وينعزل بموته الا اذا جعله قيما في حياته وبعد موته وكذا اتفقى عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد لا تصير للمسجد حتى يسلمها الى قيم المسجد **قوله** واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه وهذا مذهب عامة علماء الامصار الا في قول عن الشافعي واحمد انه يدخل في ملك الموقوف عليه اذا كان اهلا للملك الا انه لا يباع ولا يتملك المختار الاول لانه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لانه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للاجماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المصنف وقوله اي القدوري خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما لان الصحة غير اللزوم وهو لم يقل اذا لزم خرج من ذلك الواقف ليكون على قول الكل بل قال اذا صح وصحة العقد لا تستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف احكام العقود فقد يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والاجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر انه تجوز بالصحة عن اللزوم **قوله** ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف وعند محمد لا يجوز والخلاف مبني على الخلاف في اشتراط التسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع لان القسمة من تمام القبض ولا بد من القبض فوجب وعند ابي يوسف لا يشترط قبض المتولي فلا يشترط ما هو من تمامه فمن اخذ بقول ابي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشائخ بلخ اخذوا بقوله في هذه ومن اخذ بقول محمد في تلك وهم مشائخ بخارا اخذ بقوله في وقف المشاع واما الحاق محمد ره بالهبة والصدقة المنفذة اي المنجزة في الحال فانها لا تكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة وفرق ابو يوسف بان اشتراط القبض في تينك لما فيهما من التمليك للغير واما الوقف فليس فيه تمليك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بلا تمليك فاشبه العتق والطلاق فلا يوجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما ان يحتمل القسمة او لا يحتملها ففيما يحتملها اجاز ابو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد ره مطلقا وفيما لا يحتملها اتفقوا على اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا ومقبرة مطلقا اي سواء كان مما لا يحتمل القسمة او يحتملها والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشترط ابو يوسف جاز وقفه ولما شرط محمد منعه لان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض الا ترى ان الشائع كان مقبوضا لمالكه قبل ان يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد ره عند امكان تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فانه يمكن ان يقسم اولا ثم يقفه وانما اسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفي بتحقق التسليم في جملته وانما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا او مقبرة لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة يحتاج الى التهايؤ والتهايؤ فيه يؤدي الى امر مستقبح وهو ان يكون المكان مسجدا سنة واصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما او ميضأة عاما واما النبش فليس بلازم من المهايأة بل اللبس يمكث ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضى القاضي بصحته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند ابي حنيفة ره ويتهايؤن وعندهما يقسم واجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب وارادوا القسمة لا يجوز وكذا التهايؤ وعليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم باعيانهم او ولده ونسله ما تناسلوا واذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط فاذا انقرضوا اكريت ووضع غلتها للمساكين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى ان يكريها ولو زادت على قدر حاجة سكناه نعم له الاعارة لا غير ولو كثر اولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت الدار عليهم ليس لهم الا سكناها تقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا واناثا ان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكور ان يسكنوا نساءهم معهم وللاناث ان يسكن ازواجهن معهن وان لم يكن فيها حجر لا تستقيم ان تقسيم بينهم ولا يقع فيها مهاياة انما سكناه لمن جعل الواقف له ذلك لا لغيرهم ومن هذا يعرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لا يستوجب اجرة

ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رحمه الله لأن الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب أو وقف في مرضه وفي المال ضيق لأن الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة **قال** ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا وقال أبو يوسف رحمه الله إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وإنه يتأبد كالعتق فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولأبي يوسف رحمه الله أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع إلا أن عند أبي يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا أنه إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد رحمه الله ذكر التأبيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد فلا بد من التنصيص

حصة على الساكن بل إن أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج إن كان لا حاجة بهم ذلك إلا ترك للتصنيف وخرج أو ينسبوا ما كل في البقعة إلى جنب الآخر والأصل المذكور في الشروح والفرع في أوقاف الخصاف ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا إجماعهم على الأصل المذكور ولو اقتسما أعني الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء أو قبله على قول أبي يوسف رحمه الله فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه ثانيا **قوله** ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه يعني شائعا بطل الوقف عند محمد رحمه الله لأن بالاستحقاق ظهر أن الشيوع كان مقارنا للوقف كما في الهبة إذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فإنه لا يبطل الباقي لأن الشيوع طارئ وإذا بطل الوقف في الباقي رجع إلى الواقف لو كان حيا وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشتري بثمنه بالحصة وقفا ولو كان المستحق جزءا بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة لو استحق منهما جزء شائع بطلت ولو استحق المعين لا تبطل ولو كانت الأرض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لأن المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لأن الكل صدقة غاية الأمر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لأنهما صدقتان فإن كلا منهما تصدق بنصيبه بعقدة على حدة ألا ترى أنه جعل لنصيبه واليا على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضا لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها شائعا على رجل وسلم ثم تصدق بالآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لأن قبض كل منهما لاقى جزءا شائعا فكذا قبض الواليين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي واحدا فسلماها إليه جميعا جاز لأن تمامها بالقبض والقبض مجتمع **قوله** ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد بعينه ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه وقال أبو يوسف إذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم هذا كلام القدوري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على قول أبي يوسف لقوله إن موجب الوقف يعني بعد التسليم إلى المتولي عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة رضي الله عنه زوال الملك بلا تمليك وزواله لم يتأبد كالعتق وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له كما لو وقف عشرين سنة لا يصح اتفاقا لأنه إنما يلزمه لو قال بجواز انقطاعه وعوده إلى الواقف بعد انقطاع ملك الجهة أو إلى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال إذا انقطعت صارت للفقراء ثم نقل القدوري إنما هو على ما ذكره المصنف نائبا عنه حيث قال وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع إلا أن أبا يوسف رضي الله عنه لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظ الوقف والصدقة ينبئ عنه لما بينا أنه إزالة الملك كالعتق وعندهما يشترط قال المصنف هذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة إلا أن من وقف للسكنى وبالغلة إن لم يذكر السكنى وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبد فمطلقه لا ينصرف إلى المؤبد بعينه فلا بد من التنصيص كان الأولى أن يولي هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الأخرى ويذكر دليلها الأول أما توجيه الأول فلأن ما يناسب الرواية عن أبي يوسف بأن بعد انقطاع الجهة يرجع إلى ملك الواقف أو ذريته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عن أبي يوسف فمنها ما في المبسوط فيما إذا تصدق على أمهات أولاده في حياته وجعل لمن السكنى بعد وفاته وأي امرأة تزوجت منهن وخرجت منتقلة إلى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبار السكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لمن في الغلة إلا أن قال فإن لم يبق منهن كان ميراثا على فرائض الله عند أبي يوسف لما بينا أنه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد فاشتراط العود إلى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليهم لا يفوت موجب العقد

قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه

عنده فاما عند محمد فالتابيد شرط واشتراط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا ان يحمل ذلك على انه وصية بعد موته فيجوز كالوصية بسكنى
داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز ان يلزم ويعود الى الورثة اذ اسقط حق الموصى له ومن ذلك ما نقل الناطفي في الاجناس عن مشروط محمد بن مقاتل
عن ابي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى ولهذا عرف عن ابي يوسف
من جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق اصلا ومنها ما ذكر في البرامكة قال ابو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم
يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فحصل عنه روايتان واما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت او خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح فلو طلقها
زوجها او مات او عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها باحد هذه الصفات فلا يعود الا ان ينص على
ذلك فيقول فان عادت او فارقت عاد ما كان لها **قوله** ويجوز وقف العقار وهو الارض مبنية كانت او غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض
تبعا فيكون وقفا معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخاصة وفي فتاوى قاضي خان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض
كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما في الاجارة
ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل او لا كالورد والرياحين ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل
في الوقف ايضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق
ولا يدخل الزروع كلها الا ما كان له اصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجرة تقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف
فيدخل في وقف الارض اصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وفي المنتقى سرقينه ورماده ولا يدخل مسيل ماء في ارض مملوكة
او طريق وقوله لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وقفوه قدمنا ذكر جماعة من اجلة الصحابة ونسائهم وقفوا واسانيدها مذكورة في وقف
الخصاف ومنها ما تقدم من وقف عمر رضي الله عنه ثمغ واخرج ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث ثنا ابو بكر بن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن هشام
بن عروة عن ابيه ان الزبير بن العوام رضي الله عنه وقف دارا على المردودة من بناته قال المردودة هي المطلقة والفاقدة التي مات زوجها
وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضا جعلها لابن السبيل صدقة واخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه
عن عثمان بن الارقم المخزومي انه كان يقول انا ابن سبع الاسلام اسلم ابي سابع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم
يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام واسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب فسميت دار الاسلام وتصدق بها الارقم على ولده
وذكر انه نسخة صدقته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم الى ان قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافيات للبيهقي قال ابو بكر عبد الله بن الزبير
الحميدي تصدق ابو بكر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر بربعه وتصدق سعد بن ابي وقاص بداره بالمدينة وبداره بمصر على
ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضي الله عنه ببرومة فهي الى اليوم وعمرو بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم
قال وما لا يحضرني كثير وهذا كله مما يستدل به على ابي حنيفة في عدم اجازته الوقف **فرع** اذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وان لم تحدد
استغنى بشهرتها عن تحديدها **فرع** آخر وقف عقارا على مسجد او مدرسة هيأ مكانا لبنائها قبل ان يبنيها اختلف المتأخرون والصحيح الجواز
ويصرف غلته الى الفقراء الى ان تبنى فاذا بنيت ردت اليها الغلة اخذا من الوقف على اولاد فلان ولا اولاد له حكموا بالصحة وتصرف غلته الى الفقراء الى

ولا یجوز وقف ما ینقل ویحول قال رضی اللہ عنہ وہذا علی الارسال قول ابی حنیفۃ رحمہ اللہ وقال ابو یوسف اذا وقف ضیعۃ ببقرہا واکرتہا وہم عبیدہ
جاز وکذا سائر آلات الحراثۃ لانہ تبع للارض فی تحصیل ما ہو المقصود وقد یثبت من الحکم تبعا ما لا یثبت مقصودا کالشرب فی البیع
والبناء فی الوقف ومحمد رحمہ اللہ معہ فیہ لانہ لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عندہ فلان یجوز الوقف فیہ تبعا اولی وقال محمد رحمہ اللہ
یجوز حبس الکراع والسلاح معناہ وقفہ فی سبیل اللہ وابو یوسف رحمہ اللہ معہ فیہ علی ما قالوا وہو استحسان والقیاس ان لا یجوز لما بینا من قبل
وجہ الاستحسان الآثار المشہورۃ فیہ منہا قولہ علیہ السلام واما خالد فقد حبس ادرعا وافراسا لہ فی سبیل اللہ تعالی وطلحۃ رضی اللہ عنہ
حبس دروعہ فی سبیل اللہ تعالی ویروی واکراعہ والکراع الخیل ویدخل فی حکمہ الابل لان العرب یجاہدون علیہا وکذا السلاح یحمل علیہ

ان یولد لفلان قولہ ولا یجوز وقف ما ینقل ویحول کذا قال القدوری قال المصنف وہذا علی الارسال ای علی الاطلاق قول ابی حنیفۃ رحمہ اللہ ثم قال القدوری
وقال ابو یوسف اذا وقف ضیعۃ ببقرہا واکرتہا وہم عبیدہ جاز والاکرۃ الحراثون وکذا سائر آلات الحراثۃ اذا کانت تبعا للارض یجوز لانہا تبع للارض فی تحصیل
ما ہو المقصود منہا وقد یثبت من الحکم تبعا ما لا یثبت مقصودا کبیع الشرب والطریق لا یجوز مقصودا ویجوز تبعا وکذا الکثیر مستثنی عن العدو لو عرض لبعضہم فتعطل
عن العمل ان کان اللہ انت جعل نفقتہم فی مال الوقف صرح بہا والا فالنفقۃ لہم وان لم یصرح بہ فی مال الوقف فللقیم ان یبیع من عجز ویشتری بثمنہ آخر یعمل کما لو قتل
فاخذ دیتہ علیہ ان یشتری بہا آخر ولو جنی احدہم جنایۃ فعلی القیم ان ینظر ان کان الاصلح دفع ہذا العبد بالجنایۃ دفعہ او فداہ من مال الوقف واذا فداہ بفدیۃ
تزید علی ارش الجنایۃ فہو متطوع بالزیادہ ولیس لاہل الوقف من الدفع والفداء شیء فان فدوہ کانوا متطوعین ومحمد مع ابی یوسف یعنی فلا معنی لافراد ابی یوسف
لانہ لما جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عندہ ای عند محمد فتجویزہ تبعا للعقار اولی وضمیر لانہ للشان اما لو وقف ضیعۃ فیہا بقر وعبید لہ ولم یذکرہم فانہ لا یدخل
شیء من الآلات والبقر والعبید فی الوقف قال المصنف وقال محمد یجوز حبس الکراع وہی الخیل والسلاح ومعناہ وقفہ فی سبیل اللہ وابو یوسف معہ ایضا فی ذلک
علی ما قالوا وہذا استحسان والقیاس ان لا یجوز لما بینا من قبل من شرط التابید والمنقول لا یتابد وجہ الاستحسان الآثار المشہورۃ فیہ ای الکراع والسلاح منہا
قولہ علیہ الصلوۃ والسلام فی الصحیحین عن ابی ہریرۃ بعث النبی صلی اللہ علیہ وسلم عمر بن الخطاب رضی اللہ عنہ علی الصدقات فمنع ابن جمیل وخالد بن الولید والعباس فقال
رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم ما ینقم ابن جمیل الا ان کان فقیرا فاغناہ اللہ واما خالد فانکم تظلمون خالدا وقد احتبس ادراعہ واعتدہ فی سبیل اللہ واما العباس عم
رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم فہو علی ومثلہا ثم قال ما شعرت ان عم الرجل صنو ابیہ اما ما ذکر المصنف من ان طلحۃ حبس دروعہ وفی روایۃ ادراعہ فلم یعہد
وان لم یعرف جمعہ علی اکراع لان فعالا لا یجمع علی افعال بل علی افعل کعقاب واعقب انما ذکرہ فی الصحاح صفتی جمع قال والجمع اکرع ثم اکارع الا ان
الطبرانی اخرج عن ابن المبارک ثنا حماد بن زید عن عبد اللہ بن المختار عن عاصم بن بہدلۃ عن ابی وائل قال لما حضرت خالد بن الولید الوفاۃ قال لقد
طلبت القتل فلم یقدر لی الا ان اموت علی فراشی وما من عملی ارجی من لا الہ الا اللہ وانا متترس بہا ثم قال اذا انا مت فانظروا سلاحی وفرسی فاجعلوہ
عدۃ فی سبیل اللہ وذکر ہذا الحدیث بہذا السند فی تاریخ ابن کثیر وقال فیہ ما من عملی شیء ارجی عندی بعد لا الہ الا اللہ من لیلۃ بتہا فانا متترس والسماء
تہلنی ننتظر الصبح حتی نغیر علی الکفار واذا عرف ہذا فالابل تدخل فی حکمہ بالدلالۃ لان العرب یغزون علیہا مع انہ روی ان ام معقل جاءت الی النبی صلی اللہ علیہ وسلم
فقالت یا رسول اللہ ان ابا معقل جعل ناضحہ فی سبیل اللہ وانی ارید الحج افارکبہ فقال صلی اللہ علیہ وسلم ارکبیہ فان الحج والعمرۃ فی سبیل اللہ والحاصل
ان وقف المنقول تبعا للعقار یجوز واما وقفہ مقصودا ان کان کراعا او سلاحا جاز وفیما سوی ذلک ان کان مما لم یجر التعامل بوقفہ کالثیاب والحیوان
ونحوہ والذہب والفضۃ لا یجوز عندنا وان کان متعارفا کالجنازۃ والفاس والقدوم وثیاب الجنازۃ وما یحتاج الیہ من الاوانی والقدور فی غسل الموتی
والمصاحف قال ابو یوسف لا یجوز وقال محمد یجوز والیہ ذہب عامۃ المشایخ منہم الامام السرخسی کذا فی الخلاصۃ وفی الفتاوی لقاضی خان وقف
بناء بدون ارض قال ہلال لا یجوز انتہی لکن فی الخصاف ما یفید ان الارض اذا کانت متقررۃ للاحتکار جاز فانہ قال فی رجل وقف بناء دار لہ دون الارض
انہ لا یجوز قیل لہ فما تقول فی حوانیت السوق ان وقف رجل البناء منہا قال ان کانت الارض اجارۃ فی ایدی القوم الذین بنوا لا یخرجہم السلطان عنہا فالوقف جائز لانا رایناہا فی اصحاب البناء توارثوہ
وتقسم منہم لا یخرجہم السلطان ولا یزعجہم عنہا انما لہ غلۃ یاخذہا وتداولہا الخلفاء ومضی علیہم الدہور وہی فی ایدیہم یتبایعونہا ویواجرونہا ویجیزون فیہا وصایاہم ویرثون بناہا ویبنون غیرہا ان
ان ما کان بمثل ذلک جاز وقف البناء فیہ الا فلا وذکر فی موضع آخر من فتاوی قاضی خان ان ذا بنی قنطرۃ للمسلمین یجوز ولا یکون میراثا ثم ذکر انہ

وعن محمد رحمه الله يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رحمه الله يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رحمه الله وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما

انما خص البناء بذلك لان العادة ان تتخذ على حافتي النهر العام يعني وذلك غير مملوك له ثم قال وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الاصل ثم نقل عن الاصل ان وقف البناء بدون اصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء في ارض هي عارية او اجارة وان كانت ملكا لو اقف البناء جاز عند البعض وعن محمد اذا كان البناء في ارض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الارض وقفا عليها ذكر الكل في الفتاوى واطلاق الاجازة يعارض قول الخصاف في اراضي الحكور اللهم الا ان يحمل تخصيصها بالسبب انما صارت كالاملاك على ما ذكره وسمعته وفي الخلاصة اذا وقف مصحفا على اهل المسجد لقراءة القرآن ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر لا يكون مقصورا على هذا المسجد واما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه ابو جعفر يجيزه وبه نأخذ وجه قول ابي يوسف ان القياس يأباه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه ومحمد يقول القياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعلى قول محمد اكثر فقهاء الامصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رحمه الله كلما امكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك واحمد ايضا واما وقف ما لا ينتفع به الا بالاتلاف كالذهب والفضة والماكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي واما الحلي فيصح وقفه عند احمد والشافعي لان حفصة رضي الله عنها ابتاعت حليا بعشرين الفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكوته وعن احمد لا يصح وقفه وانكر الحديث ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وحاصله المعارضة بان حكم الوقف الشرعي التأبيد ولا يتأبد غير العقار غير انه ترك في الجهاد لانه سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما دونهما ولا يلحق دلالة ايضا لانه ليس في معناهما واذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ اشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها ففي الخلاصة وقف بقرة على ان ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل قال ان كان ذلك في موضع غلب ذلك في اوقافهم رجوت ان يكون جائزا وعن الانصاري وكان من اصحاب زفر فيمن وقف الدراهم والطعام او ما يكال او ما يوزن يجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال تدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة او بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا الكر من الحنطة على شرط ان يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء ابدا على هذا السبيل يجب ان يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دنباوند الاكسية والاسترة الموتى اذا وقفت صدقة ابدا جاز فتدفع الاكسية للفقراء فينتفعون بها في اوقات لبسها ولو وقف ثورا لانزاء لم يصح ثم اذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله فلو وقفه على ان يمسكه ما دام حيا ان امسكه للجهاد له ذلك لانه لو لم يشترط كان له ذلك لان لجاعل فرس السبيل ان يجاهد عليه وان اراد ان ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني بطل الشرط وصح وقفه ولا يؤاجر فرس السبيل الا اذا احتيج الى النفقة فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه المسئلة دليل على ان المسجد اذا احتاج الى النفقة يؤاجر قطعة بقدر ما ينفق عليه انتهى وهذا عندي غير صحيح لانه لا يعود النفع الذي لاجله استثنى ابو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو ان يتخذ مسجد العصلي فيه عاما واصطبلا يربط فيه الدواب عاما ولو قيل انما يؤاجر لغيره لك فيقول غايته ما يكون السكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه واقامة الحائض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له فيه تغيير احكامه الشرعية ولا شك ان ما احتياجه الى النفقة لا تغير احكامه الشرعية ولا يخرج به عن ان يكون مسجدا ألا ترى ان خرب ما حوله واستغني عنه لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لابي يوسف اذا لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المال لانه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة ايضا يجوز وقف الغلمان والجواري على

قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابى يوسف رحمه الله فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب فى غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان فى الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذى يقاسم شريكه لان الولاية للواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذى يقاسمه القاضى او يبيع نصيبه الباقى من رجل ثم يقاسمه المشترى ثم يشترى ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان فى القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء

مصالح الرباط واذا زوج السلطان او القاضى جارية الوقف يجوز ولو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو ان فى الاول اكتسابا للوقف دون الثانى ولهذا لو زوج امة او وقف من عبد الوقف لا يجوز ومن فروع الوقف المنقول وقف دارا فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل فى وقفها الحمامات الا بالية قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع الثيران وسئل ابو بكر عمن وقف شجرة باصلها والشجرة مما ينتفع باوراقها وثمرها قال الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع اصلها الا ان تفسد اغصانها فان لم تنتفع باوراقها وثمرها فانها تقطع ويصرف ثمنها الى سبيله فان نبتت ثانيا والا غرس مكانها وسئل ابو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبيس بعضها وبقى بعضها فقال ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها وما بقى متروك على حالها قوله واذا صح الوقف اى لزم وهذا يؤيد ما قدمناه فى قول القدورى واذا صح الوقف خرج من ملك الواقف ثم قوله لم يجز بيعه ولا تمليكه هو باجماع الفقهاء الا ان يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند ابى يوسف فتصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا من قوله عليه الصلوٰة والسلام تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو ان الحاجة ماسة الخ ولانه باللزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يتمكن من البيع واما جواز القسمة اى عندهما فان على قول ابى حنيفة لا يجوز وان قضى القاضى بصحة وقف المشاع لانها مبادلة ومعنى المبادلة هو الراجح فى غير المثليات فلانها تمييز معنى وافراز غاية الامر ان الغالب فى غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان فى الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذى يقاسم شريكه لان الولاية للواقف عند ابى يوسف ووقف المشاع انما يجوز على قوله ولو طلب الشريك القسمة بعد موته فالقسمة الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فللقسمة طريقان احدهما ان يقاسمه القاضى بان يرفع الامر اليه ويطلب منه القسمة فيامر رجلا ان يقاسمه الثانى ان يبيع نصيبه الباقى من رجل ثم يقاسم المشترى ثم يشترى ذلك منه ان احب هذا لان الواحد لا يصلح ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان فى القسمة فضل دراهم بان يكون احد النصفين اجود من الآخر فجعل بازاء الجودة دراهم فان كان الآخذ للدراهم هو الواقف بان كان النصف الذى هو غير الوقف احسن لا يجوز لانه يصير بائعا بعض الوقف وبيع بعض الوقف لا يجوز وان كان الآخذ شريكه بان كان نصيب الوقف احسن جاز لان الواقف مشتر لا بائع فكانه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه فقوله ان اعطى الواقف لا يجوز يصح على بنائه للمفعول ورفع الواقف ويصح على بنائه للفاعل ونصب الواقف لان المعنى فيهما انه اخذ الدراهم واعلم ان عدم جواز البيع فى غير القسمة فيما اذا كان قائما عامرا اما اذا انهدم ولا حاصل ليعمر به فيجوز لانه رجع الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وقال الصدر الشهيد فى جنس هذه المسائل نظر لعنى لان الوقف بعد ما خرج الى الله تعالى لا يعود الى الملك وانت تعلم ان قول محمد برجوعه الى ملك الواقف اولى من قوله فى المسجد لان خلوصه لله اقوى من غيره من الاوقاف ولان ذلك باعتبار الفائدة وتحقق انتفائها اذا لم يكن له ريع يعاد به ولا يوجد من يستاجره فيعمره ومن ذلك حانوت احترق فى السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستاجر البتة وحوض محلة خرب وصار بحال لا يمكن عمارته فهو للواقف ولورثته وان كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة كذا فى الخلاصة زاد فى فتاوى قاضيخان واذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فانما يصير لبيت المال اذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروى عن محمد اذا ضعفت الارض عن الاستغلال ويجد القيم بثمنها اخرى هى اكثر ريعا كان له ان يبيعها ويشترى بثمنها ما هو اكثر ريعا واقول طائفة من المشايخ فيما اذا خاف المتولى على الوقف من وارث او سلطان يغلب عليه قال فى النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك قالوا والفتوى على خلافه لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر فى شجرة جوز وقفت فى دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار

قال والواجب ان يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف اولم يشترط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله اي مال شاء في حال حيوته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة **قال** فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك اوكان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها فاذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الوقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك

بل تكرى الدار ويستعان بنفس الجواز على العمارة ثم اذا جاز بيع الاشجار الموقوفة لا يجوز قبل القلع بل بعده كذا عن الفضلي في الاشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القلع لانها هي الغلة وبناء الوقف والنبيات لا يجوز قبل الهدم والقطع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضي اذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعا لزيادة مؤنة الهدم الا ان تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات ابي بكر بن حامد اجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره اذا استغنوا عنه

قوله والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك ولم يشترط لان الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك بصرف الغلة مؤبدا ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط ان يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج اليه لاداء العشر والخراج والبذر وارزاق الولاة عليها والعملة واجور الحراس والحصادين والدواسين لان حصول منفعتها في كل وقت لا تحصل الا بدفع هذه المؤن من راس الغلة قال شمس الائمة وذلك وان كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رايه الى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صك يقع الامن بالشرط قال المصنف ولان الخراج بالضمان اي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والدابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء اي لكون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى ابو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن ابي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى ان الخراج بالضمان قال ابو عبيد معناه والله اعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع فقضى انه يرد العبد على البائع بالعيب فيرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامنا للعبد ولو مات مات من مال المشتري لانه في يده انتهى ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم في معناه الغرم بالغنم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله وصار اي عمارة الوقف كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها تكون على الموصى له بها **قوله** ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم فلا يتصور ان يلزموا العمارة لعدم اجتماعهم ولعسرتهم واقرب اموالهم هذه الغلة الكائنة للوقف فتجب العمارة فيها **قوله** وان كان الوقف على رجل بعينه او رجال وآخره للفقراء فهو في ماله اي مال شاء في حال حيوته فاذا مات فمن غلته ولم تؤخذ من الغلة عينا لانه رجل متعين يمكن مطالبته ثم هو يعطي ان شاء من الغلة وان شاء من غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما هي بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة التي وقف عليها فاما الزيادة فليست بمستحقة فلا تصرف في العمارة الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض اي لا يزاد على الصفة التي كان عليها وعند آخرين يجوز ذلك اي الزيادة والاول اصح لانه صرف حق الفقراء الى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة اذا احتيج اليها وتقطع الجهات الموقوف عليها لها الا ان لم يخف ضرر بين فان خيف قدم واما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كاحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة قطع الا ان يعمل فيأخذ قدر اجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الامام فخر الدين قاضي خان وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها الى القيم واصحاب هذه الطاحونة يقتسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذ الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل انتهى فهذا عندنا فيمن لم يشترط له الواقف اما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم **قوله** فان وقف دارا على سكنى ولده او غير ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول وهو العمارة اولى من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لان الجمع بين المصلحتين اولى من ابطال احدهما ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من الزام الضرر باتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر فيما اذا عقد عقد المزارعة وبينا من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك

قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لابد من العمارة ليبقى على التابيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف قال رض ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف ره ولا يجوز على قياس قول محمد ره وهو قول هلال الرازي ره وبه قال الشافعي ره وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد ره ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه

ثم لا يكون امتناعه رضى منه ببطلان حقه لان العقد في حيز التردد ولا دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه متردد فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العمارة او حاجة اصلاح القاضي كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه وانما قال اجرها الحاكم لانه لا تصح اجارة من له السكنى وعلله بقوله لانه غير مالك وفي تقريره طريقان احدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل ابيح له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان يعير الدار والاعارة تمليك المنافع بلا عوض والمسئلة في وقف الخصاف والآخر انه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق تملكها الا بملكها فاقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضي ان لا يصح اجارة المستاجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكره فالاولى ان يقال لانه مالك للمنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة والا لملك اكثر مما ملك بخلاف الاعارة وبهذا الوجه والذي قبله يفيدان لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة ايضا ليس له ان يؤاجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجارة بل ما ملكه من المنافع بلا بدل ونص الاستروشني والزركي في المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك الاجارة المتولي او القاضي ونقل عن الفقيه ابي جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يسترم تجوز اجارته وهذا في الدور والحوانيت واما الاراضي فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه ان يؤاجر وان لم يشترط ذلك فيجب ان يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا ولو لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضي من يستاجرها لم ار حكم هذه في المنقول من المذهب والحال فيها تؤدي الى ان تصير نقضا على الارض كوما تسفوه الرياح وخطر لي انه يخيره القاضي بين ان يعمرها فيستوفي منفعتها وبين ان يردها الى ورثة الواقف والله اعلم قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته وهو بالجر كالخشب والقصب وقد تقدم عطفا على ما صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج اليه وانت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عمارة ذلك القدر فلا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعمارة ثابتا في الحال صرفه اليها والا حفظه حتى يتهيأ ذلك وتتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا لا يخل بالانتفاع بالوقف ولا يقرب من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى يحين وتجب العمارة وان تعذرت اعادته بان خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك اقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحقي الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لانها حق الله تعالى وحقهم في الغلة فقط واعلم ان عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه وقف الواقف اما فيما اشتراه المتولي من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان في صيرورته وقفا خلافا والمختار انه لا يكون وقفا فللقيم ان يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت قوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف فهذان فصلان ذكرهما القدوري شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف وهو قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والزهري ومن اصحاب الشافعي ابن سريج ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرأي وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري وانما نسب الى الرأي لانه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من اصحاب يوسف بن خالد السمتي البصري ويوسف هذا من اصحاب ابي حنيفة وقيل ان هلالا اخذ العلم عن ابي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي في المغرب هو تحريف بل هو الرأي بتشديد الراء لانه من البصرة لا من الري والرازي نسبة الى الري كذا صحح في مسند ابي حنيفة وغيره وبقول محمد قال الشافعي ومالك والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقراء او بعضها وبعده للفقراء ثم قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف في اشتراط القبض اي قبض المتولي فلما شرطه محمد منع

ولابي يوسف رحمه ما روي ان النبي عليه السلام كان ياكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي التصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

الغلة لنفسه لانه لا ينقطع حقه فيه ولا اشتراط القبض لا ينقطع حقه ولما لم يشترطه ابو يوسف لم يمنعه وقيل مسئلة مبتدأة غير مبنية وهو اوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافية ما اذا شرط الغلة لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيها على ما صححه المصنف وقيل بل صحة شرط الغلة لامهات اولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف مخالف لما في المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان فان الكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد رحمه بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولامهات اولاده حيث يجوز مع ان شرطه لهن ولمدبريه كشرطه لنفسه بان حريتهم تثبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم حالة حياته تبعا لما بعد موته كما قال ابو حنيفة في اصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد وفاتي يلزم اما الوقف على عبيده وامائه فلا يجوز عند محمد لانهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند ابي يوسف كشرطه لنفسه وجه قول محمد رحمه ان الوقف تبرع على وجه التمليك للغلة او للسكنى فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة بان تصدق على فقير بمال وسلم اليه على ان يكون بعضه لي لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن مملكا على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا في الصدقة الموقوفة وكشرط البعض لبقعة المسجد لنفسه بيتا ولابي يوسف ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ياكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فان الاجماع على ان الوقف اذا لم يشترط لنفسه الاكل منها لا يحل له ان ياكله منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف الا ان في مصنف ابن ابي شيبة حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن ابيه المر تران حجر المدري اخبرني ان في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم ياكل منها اهلها بالمعروف غير المنكر ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله لنفسه لا انه جعل ملك نفسه لنفسه كذا قرره المصنف على ما سلف لنا في اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ينبغي ان يقرر هكذا الموقوف ازالة الملك الكائن بالعين واسقاطه لا الى مالك ابتغاء مرضات الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه الغير المنافي للقربة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي ذلك كما اذا بنى خانا او شرط ان ينزل فيه او سقاية وليشترط ان يشرب منها او مقبرة وشرط ان يدفن فيها قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل الى نفسه صدقة روي معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة فروى ابن ماجه من حديث المقدام بن معدي كرب عنه عليه السلام قال ما من كسب الرجل كسب اطيب من عمل يده وما انفق الرجل على نفسه واهله وولده وخادمه فهو له صدقة واخرجه النسائي عن بقية عن بحير بلفظ ما اطعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث واخرج ابن حبان في صحيحه عن ابي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل كسب مالا حلالا فاطعمه نفسه او كساها فمن دونه من خلق الله فان له به زكوة ورواه الحاكم الا انه قال فانه له زكوة وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه واخرجه الحاكم ايضا والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما انفق الرجل على نفسه واهله فهو له صدقة وما وقى به عرضه فهو صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معنى وقى عرضه قال ان يعطي الشاعر وذا اللسان المتقي وقال صحيح الاسناد واخرج الطبراني عن ابي امامة عنه عليه السلام قال من انفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن انفق على امراته واهله وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر انه عليه السلام قال للرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلاهلك الحديث فقد ترجح قول ابي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول ابي يوسف ونحن ايضا نفتي بقوله ترغيبا للناس في الوقف واختاره مشائخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث اخر وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على ان يقضي دينه من غلته وكذا اذا قال اذا حدث علي الموت وعلي دين يبدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فما فضل فعلى سبيله الذي ذكر جائز وفي وقف الخصاف اذا شرط ان ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم مات

ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف وعند محمد يصح الوقف والشرط باطل

قيل ان ينفق ذلك بل يكون غلته لورثته او لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل في ذلك كان له نفقة عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضا معينا كالنصف والربع وكذا لو قال اذا حدث على فلان الموت يعني الواقف نفسه اخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من كل عشرة اسهم سهما يجعل في الحج عنه او في كفارات ايمانه او في كذا وكذا وسمى اشياء او قال اخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا كذا درهما يصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبيله **قوله** ولو شرط الواقف ان يستبدل بها ارضا اخرى تكون وقفا مكانها فهو جائز عند ابي يوسف وهلال والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على ان ابيعها واشتري بثمنها اخرى مكانها وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبدال مرة ان يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بمرة الا ان يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما وكذا ليس للقيم الاستبدال الا ان ينص له بذلك وعلى وزان هذا لو شرط لنفسه ان ينقص من المعاليم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس لقيمه الا ان يجعله له واذا ادخل واخرج مرة ليس له ثانيا الا بشرط ولو شرط للقيم ولم يشترطه لنفسه كان له ان يستبدل بنفسه لان افادته الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد بشرط الاستبدال للقيم بحيوة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضي خان قول هلال وابي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل الانتقال من ارض الى ارض فان ارض الوقف لو غصبها غاصب واجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها ارضا اخرى فتكون وقفا مكانها وكذا ارض الوقف اذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بارض اخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان ياذن في بيعها اذا رآه انظر لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا انما الشرط الفاسد ما عدم حكمه وهو التابيد بل هو تابيد معنى ولا ينافي حكم الوقف اذ اصح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لانا نقول حكمه ذلك على وجه ينفذ فيه شرط الذي شرط في اصل الوقف اذا لم يخالف الشرع وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس الائمة ذكر مسئلة ثم قال وبهذا تبين خطاء من يجوز استبدال الوقف وكذا عن ظهير الدين حجة عنه بعد ان كان ينبغي به لا يوجب بناء عليه مع قيام حجة غيره ولو اريد تجويز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما اذا كان احسن للوقف كان حسنا والحاصل ان الاستبدال اما عن شرط الاستبدال وهو مسئلة الكتاب او لا عن شرط فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضي خان وان كان لا كذلك بل اتفق ان امكن ان يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة اخرى ولانه لا موجب لتجويزه لان الموجب في الاول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا اذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيته كما كان ولعل محمل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل الا في رواية عن ابي يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب ابي يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية والاستبدال الثاني ينبغي ان لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضي خان اجمعوا ان الواقف اذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال اما بلا شرط اشار في السير الى انه لا يملكه الا باذن القاضي ولا يخفى ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال بنفسه اذا شرطه وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في اصل الاستبدال ذلك والا فهو قد نقل الخلاف وعرف من هذا ان محل ما ذكرناه عن الانصاري ما اذا لم يشترطه لنفسه ثم اذا اشترى البدل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفيته على ان يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم ان يوصي بالاستبدال الى من يوصي اليه عند موته بالوقف ومن **فروع** الاستبدال لو قال على ان ابيعها بالقليل والكثير او على ان ابيعها واشتري بثمنها عبدا بطل الوقف عند هلال على فساد الوقف كانه قال على ان ابطلها ولو اقتصر على ان ابيعها واشتري بثمنها ارضا جاز استحسانا ولو قال على ان استبدل ارضا اخرى ليس له ان يجعل البدل دارا ولو قيد على العكس ولو قال ارضا من البصرة ليس له ان يستبدل من غيرها

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد رح الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

الا انها قد تختلف في جودة الارض فينبغي ان كانت احسن ان يجوز لانه خلاف الى خير ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيئا استبدل ما شاء من العقار
ولو باع الوقف ليعين فاحش لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركته وكذا لو استهلكه اما لو ضاع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى
بالثمن عوضا مما لا يكون وقفا فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحت الهبة ولضمنه في قول ابي حنيفة ومنعه ابو يوسف اما لو قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة
اتفاقا ولو باعه بعرض ففي قياس قول ابي حنيفة يصح وقال ابو يوسف وهلال لا يملك البيع الا بالنقد و بارض تكون وقفا مكانها واذا باع الوقف ثم عادت اليه
بما هو فسخ من كل وجه كان له ان يبيعها ثانيا وان عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لانها صارت وقفا كانه اشترى غيرها الا ان يكون عمم لنفسه الاستبدال او نوعه
العيب بقضاء او بغير قضاء او بعد القبض قبل القبض بقضاء عادت وقفا وكذا اذا اقال المشتري قبل القبض او بعده فله ان يستبدل بالاخرى ما شاء ولو استحقت الاولى في القياس تبقى الثانية
وقفا وفي الاستحسان لا لان الثانية كانت وقفا بدلا عن الاولى وبالاستحقاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفا ولو شرط
لنفسه ان يستبدل فوكل به جاز ولو اوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك لان في الوكالة وهو حي لو تمكن حلل امكنه الاستدراك بخلاف الوصي ولو شرط
الاستبدال لنفسه مع آخر على ان يستبد لا معا فتفرد ذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد الواقف جاز لانه هو الذي شرطه لذلك ما شرطه لغيره فهو شرط له كما لو نصب
قاضيا بلدين كل منهما كان لكل ان يتصرف وحده ولو ان احد هذين القاضيين اراد ان يعزل الذي اقامه القاضي الآخر قال ان رأى المصلحة
في ذلك له عزله والا فلا قوله ولو شرط اي الواقف الخيار لنفسه ثلاثة ايام بان قال وقفت داري هذه على كذا على اني بالخيار ثلاثة ايام جاز الوقف
والشرط عند ابي يوسف وقال محمد رح الوقف باطل وهو قول الشافعي واحمد و هلال قال المص وهذا بناء على ما ذكرنا يريد الاصل المختلف فيه اعني شرط التسليم
فان محمدا لما شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف ولا شك ان شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لانه لا يتصور معه تمام القبض واما ابو يوسف فلما لم يشترط
تمام القبض فهو لا ينبني عليه جواز شرط الخيار وروي عن ابي يوسف ان الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد السمتي لان الوقف كالاعتاق
في انه ازالة الملك لا الى مالك ولو اعتق على انه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هذا وكذا اتفقوا على ان شرط الخيار في المسجد يبطل ويتم وقف المسجد وقيل ذلك
قال الصدر الشهيد على قول محمد ينبغي ان يجوز الوقف ويبطل الشرط لانه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ومع
شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالاكراه على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطا فيه عنده بل اقامة الصلوة فيه بجماعة وكذا في الاعتاق
فان القبض فيه ليس شرطا والحاصل انه ان تم له شرط التسليم في اصل الوقف تم له هذا وقد مشينا فيه وتقييد الخيار بثلاثة ايام ليس قيدا بل ان يكون معلوما
حتى لو كانت مجهولة بان وقف على انه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روي عن ابي يوسف انه قال ان بين للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يوقت
لم يجز الوقف والشرط باطلان ثم لو لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو ابطل الخيار قبل الثلث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا والخيار يمنع التابيد فكان شرط الخيار
في نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده اذا شرط اكثر من ثلاثة ايام لامتناع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب
العقد فاذا اسقط قبل الثلث جاز ذكره في فتاوى قاضي خان ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا لو وقف ارضا على رجل على ان يقرضه
دراهم جاز الوقف وبطل الشرط في فتاوى قاضيخان ايضا قال الفقيه ابو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف
ولو اشترى ارضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل له ان يصنع به ما شاء فرع اشترى ارضا على انه بالخيار
فوقفها ثم اسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم اسقط البائع الخيار لا يكون وقفا ولو وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الارض

وأما نصب الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب ذكره هلال في وقفه وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وإن لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الأشبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا إذا شرط أن ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل **فصل**

قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصي ثم مات الموصي كذا لو وقفها في الشراء الفاسد قبل قبضها ثم قبضها **قوله** وأما نصب الولاية فقد نص محمد يعني القدوري على قول أبي يوسف حيث قال أو جعل الولاية إليه جاز على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا قال المصنف وهو ظاهر المذهب ذكره هلال في وقفه فقال وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وإن لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا الأشبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم تبق له ولاية فيه فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به ولذا أطلق المص قوله وهو ظاهر المذهب أورد على هذا أن مقتضى اشتراط محمد التسليم إلى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وإن شرطها لنفسه لأنه ينافي هذا الشرط أجيب بوجهين أحدهما أن تأويل ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها إلى المتولي فإن الولاية تكون له عند محمد فإنه ذكر في فتاوى قاضي خان ذكر محمد في السير أنه إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا يكون له ولاية بعد ذلك إلا إذا كان شرط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم إلى أن قال وهذه المسألة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولي شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بهذا التسليم إلا أن شرط الولاية لنفسه وأما على قول أبي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وإن لم يشترطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في الذخيرة والتتمة والآخر أن معنى قول محمد أن شرط الولاية لنفسه فهي له أنه إذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد أيضا لأن شرط الوقف نزاعي من ضرورته سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط ثقة وقد بنا فرعا آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدل المصنف على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا تكون له ولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لأنه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنبيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم الولي فيمن يشاء ممن يصلح لذلك وهو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله تعالى إلا أن الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وهو تخريج للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما إذا شرطها لنفسه وقد تم قوله ولأنه أقرب الناس إلى الوقف فكان أولى بولايته دليلا على ذلك فإن القاضي ليس أقرب منه إليه والفرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضي لأنه وإن أخرجه عن الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف بصرفه إلى الجهات التي عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينتصب وليا وقوله كمن اتخذ مسجدا كان أولى بعمارته ونصب المؤذن وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه أما عمارته فلا خلاف يعلم فيه وأما نصب الإمام والمؤذن فقال أبو نصر لأهل المحلة وليس للباني أحق منهم بذلك قال أبو بكر الإسكاف الباني أحق بنصبهما من غيره كالعمارة قال أبو الليث وبه نأخذ إلا أن يريد إماما وهو ذا والقوم يريدون الأصلح فلهم أن يفعلوا ذلك كذا في النوازل قوله ثم إذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضي أن يخرجه نظرا للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا لو شرط أن ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجه منه ويوليها غيره لا يلتفت إلى شرطه إذا كان غير مأمون لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما إذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضي خان لو جعل الواقف ولاية الوقف إلى رجلين بعد موته فأوصى أحدهما إلى صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن أبي حنيفة لا يجوز لأنه إنما رضي برأيهما وفيها لو جعل أرضه وقفا في مرض الموت فجعل رجلا وصيا لنفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيئا فإن ولاية الوقف لا تكون إلى الوصي ولو قال أنت وصيي في أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف هو كما قال فقال أبو حنيفة رض هو وصي في الأشياء كلها

فصل لما اختص المسجد بأحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا

وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة رحمه الله عن ملكه أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وكذا عن محمد رحمه الله لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد رحمه الله أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بني لذلك في الغالب وقال أبو يوسف رحمه الله يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالإعتاق وقد بيناه من قبل **قال** ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقاً به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفل مسجداً وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد رحمه الله على عكس هذا لأن المسجد معظم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد رحمه الله أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا **قال** وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فيه يعني له أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع وإذا كان ملكه محيطاً بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجداً ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رحمه الله أنه لا يباع ولا يورث ولا يوهب اعتبره مسجداً وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله أنه يصير مسجداً لأنه لما رضي بكونه مسجداً ولا يصير مسجداً إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقاً كما يدخل في الإجارة من غير ذكر

ولا يجوز مشاعاً عند أبي يوسف ولا يشترط التسليم إلى المتولي عند أبي محمد أفرده بفصل على حدة وأخره لهذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضاً من لو اشترى أرضاً شراء فاسداً وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجداً قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد في كتاب الشفعة أنه لو اشترى أرضاً شراء فاسداً وبناها مسجداً جاز عند أبي حنيفة وعليه قيمتها للبائع وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الأرض إلى البائع لفساد البيع قال فاشتراط البناء له دليل على أن لا يكون مسجداً قبل البناء عند الكل وذكر هلال أنه يصير مسجداً في قول أصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أيضاً روايتان والفرق على إحداهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح حقاً لله ولهذا قالوا لو اشترى داراً لها شفيع فجعلها مسجداً كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا إذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد **قوله** وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس في الصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة ومحمد في رواية عنهما وفي رواية أخرى عنهما لا تزول إلا بالصلاة جماعة وعند أبي يوسف رحمه الله يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجداً أما قولهما فلأن الملك لما لم يزل بمجرد القول فمشى محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا تعين المتولي لأن تعيينه لتحقق التسليم إلى من أخرج إليه وهو الله تعالى ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذي تعود منفعته إليه غير أن المتولي يقام مقامهم في القبض ومقام الواقف في اقتباض الغلة لهم لكل وقف في العادة متعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك إذ ليس له غلة يستحقها الناس فأقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو الصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المنفرد لأن قبض الجنس متعذر فاكتفى بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا لو صلى الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكفي لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذا صلاته ووجه رواية اشتراط الجماعة أنها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة لأنها تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا يشترط كونها بأذان وإقامة عندهما ولو جعل له واحد مؤذناً وإماماً فأذن وأقام وصلى وحده صار مسجداً بالاتفاق لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا يكره بعد صلاة المؤذن هذه أن تعاد الجماعة لمن أتى بعده على ذلك الوجه عند البعض وقولنا لا تعيين المتولي يفيد أنه لو سلمه إلى متول جعله له صح وإن لم يصل فيه أحد وفيه اختلاف المشايخ والوجه الصحة لأن بالتسليم إلى المتولي أيضاً يحصل تمام التسليم إليه تعالى لدفعه إليه عنه ووجه أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج في الملك بلا حكم مما سيأتي بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لأن لفظ الوقف لا ينبئ عنه والصدقة ليس معناها إلا التصدق بالغلة وهي معدومة ولا يصح بل التوقف ينبني على الإبقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج إلى حكم الحاكم لإخراجه عن ملكه إلى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجداً فإنه ليس مبنياً على الإبقاء في الملك فيحتاج إلى القضاء بزواله فإذا أذن في الصلاة فيه فصلي كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا أن لا يحتاج في جعله مسجداً إلى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لأنه وقف على قربة فكان كالوقف على فقراء ونحن نقول إن العرف جار بأن الإذن في الصلاة على وجه العموم والتخلية يفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاماً إلى ضيفه أو نثر نثاراً كان إذناً في أكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد التخلية والإذن بالاستغلال ولو جرت به في عرف اكتفينا بذلك كمسألتنا والثاني أنه لو قال وقفته مسجداً ولم يأذن بالصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجداً بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف رحمه الله مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول أذن في الصلاة ولم يأذن ويصير مسجداً لأنه إسقاط كالإعتاق وبه قالت الأئمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف أن كلاً من مجرد القول والإذن كما قال موجب لزوال الملك وصيرورته مسجداً لما ذكرنا من العرف **قوله** ومن جعل مسجداً تحته

قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه

سرداب وهو بيت يتخذ تحت الارض لغرض تبريد الماء وغيره او فوقه بيت ليس احدهما للمسجد فليس بمسجد وله بيعه ويورث عنه اذا مات ولو عزل بابه الى الطريق لبقاء حق العبد متعلقا به والمسجد خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شيء له تعالى فكان فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكرنا اذا كان السفل مسجدا فان لصاحب العلو حقا في السفل حتى يمنع صاحبه ان ينقب فيه كوة او يتد فيه وتدا على قول ابي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا يوهن البناء الا باذن صاحب العلو واذا كان العلو مسجدا فان ارض العلو ملك لصاحب السفل بخلاف ما اذا كان السرداب او العلو موقوفا لمصالح المسجد فانه يجوز اذ لا ملك فيه لاحد بل هو من تتميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروي عن ابي حنيفة انه اذا جعل السفل مسجدا دون العلو جاز لانه يتأبد بخلاف العلو وهذا تعليل للحكم بوجود الشرط فان التأبيد شرط وهو مع المقتضي وانما يثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد وعن محمد عكسه لان المسجد معظم وهو تعليل بحكم الشيء وهو متوقف على وجوده وعن ابي يوسف انه جوز ذلك في الاولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الاماكن وكذا عن محمد لما دخل الري وهذا تعليل صحيح لانه تعليل بالضرورة وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس في الدخول فيه له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه الاربع كان له حق المنع ولم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن كل من ابي يوسف ومحمد انه يصير مسجدا الا انه لما رضي بكونه مسجدا ولن يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا بلا ذكر كما يدخل في الاجارة بلا ذكر قوله ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع ولا يورث عنه يعني بعد صحته بشرطه وفي فتاوى قاضي خان رجل له ساحة لا بناء فيها امر قوما ان يصلوا فيها بجماعة قالوا ان امرهم بالصلاة ابدا او امرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكر الابد الا انه اراد الابد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وان امرهم بالصلاة شهرا او سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التأبيد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا انه لا يصير مسجدا ايضا اذا اطلق الا اذا اعترفت الورثة بانه اراد الابد فان بينته لا تعلم فالحكم عليهم بمنع ارثهم بالعلم ثبت ولو ضاق المسجد وبجنبه ارض وقف عليه او حانوت جاز ان يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل اخذ بالقيمة كرها فلو كان طريقا للعامة ادخل بعضه بشرط ان لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه ابي جعفر عن هشام عن محمد انه يجوز ان يجعل شيء من الطريق مسجدا او يجعل شيء من المسجد طريقا للعامة انتهى يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد ان يجعلوا الرحبة مسجدا وكذا على القلب ويحولوا الباب او يحدثوا له بابا ولو اختلفوا ينظر ايهم اكثر ولاية لذلك ولهم ان يهدموه ويجددوه وليس لمن ليس من اهل المحلة ذلك وكذا لهم ان يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصير كل ذلك من مال انفسهم اما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولي الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر الصدر في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا اراد ان يبني حوانيت في المسجد او في فنائه لا يجوز له ان يفعل لانه اذا جعل المسجد سكنا تسقط حرمة المسجد واما الفناء فلانه تبع للمسجد قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يعني استغنى عن الصلاة فيه اهل تلك المحلة او القرية بان كان في قرية فخربت وحولت مزارع بقي مسجدا على حاله عند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة ومالك والشافعي وعن احمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة اذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها الى وقف آخر لما روي ان عمر كتب الى ابي موسى لما نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد وعند محمد يعود الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فينقطع

يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد رح يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف رح يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر

هو ايضا وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه وقنديله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه وكما لو كفن ميتا فافترسه سبع عاد الكفن الى ملك مالكه وبهدي الاحصار اذا زال الاحصار فادرك الحج كان له ان يصنع بهديه ما شاء واستدل ابو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة الا ان لقائل ان يقول القربة التي عينت له هو الطواف من اهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان كان لا يصح منهم لكفرهم على ان الايمان لم ينقطع من الدنيا راسا فقد كان لمثل قيس بن ساعدة امثال فالاوجه انه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالعتق كما لا يعود اذا زال الى مالك من اهل الدنيا الا بسبب يوجب تجدد الملك فما لم يتحقق لم يعد واما ما قاس عليه من هدي الاحصار فليس بلازم لانه لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكه انما اباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى المستعير فيعود الى المعير واما الحصير والقنديل فالصحيح من مذهب ابي يوسف انه لا يعود الى ملك متخذه بل يحول الى مسجد آخر او يبيعه قيم المسجد للمسجد ولانه ما جعله مسجد ا ليصلي فيه اهل تلك المحلة لا غير بل يصلي فيه العامة مطلقا اهل تلك المحلة وغيرهم واما استدلال احمد بما كتب عمر فلا يفيده لانه يمكن انه امره باتخاذ بيت المال في المسجد واستدلاله بالاستغناء بالاستبدال مردود بالحديث المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع ان يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه او ورثته كما في المسجد وان لم يعلم صاحبه يشترى بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلا وقفا في محلة ومات اهلها كلهم لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبواري انها لا تعود الى الوارث وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلوائي في المسجد او الحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفرق الناس عنه انه يصرف اوقافه الى مسجد آخر او حوض آخر واعلم انه يتفرع على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد بخراب المحلة والقرية وتفرق اهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته انه يبطل الوقف ويرجع النقض الى بانيه او ورثته عند محمد خلافا لابي يوسف وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستاجر بشيء البتة يخرج عن الوقف وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطة وكذا الرباط اذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بنى رجل على هذا الارض فالبناء للباني واصل الوقف لورثة الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتامل عند الفتوى غير واقع موقعه وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلوائي عن اوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي بيعها ويشتري بثمنها اخرى قال نعم وروى هشام عن محمد انه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي ان يبيعه ويشتري بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي ان لا يفتى على قوله برجوعه الى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله او خرابه بل اذا صار بحيث لا يشترى بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الاول وكذا للمتولي ان يبيع من تراب مسئلة اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضي خان وقف على سبيل خرب ولا ينتفع به ولا يستاجر اصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان اصله يستاجر بشيء قليل يبقى اصله وقفا انتهى ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استاجر ارضها من يبني او يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع انه لا يرجع منها اليه الا النقض فان قلت على هذا تكون مسئلة الرباط التي ذكرناها مقيدا بما اذا لم تكن ارضه بحيث يستاجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى فامتنعت بانهدامها بخلاف هذه فان المراد وقف لاستغلال الجماعة المسمين لو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ ثمنه في يد القائم بامر الوقف الى ان يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف فيه ذلك كذا اذا يبس بعض اشجار الارض الموقوفة بيعها ولا يبيع من نفس الارض كذلك ولا يعطى المستحقون شيئا من ثمن النقض ولا من عينه بوجه من الوجوه لانه لا حق لهم فيما سوى الغلة بل الحال ان امكن شراء شيء يستغل ولو قليلا اذا جاز

قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابى حنيفة رح لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به فيسكن فى الخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما فى الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابى يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رح اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه

الارض ليبنى ولو قليلا فعل وحفظ العمارة ما تيسر ولو خرب الكل وتعذر ان يشترى بثمنه مستغل ولو قليلا اه يرجع الى ملك الواقف **قوله** ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابى حنيفة رح ولو سلمه الى متول لانه لم ينقطع حقه عنه الا ترى انه ينتفع به فى الحال فله ان يسكن فى الخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت لتكون وصية فيلزم بعد الموت وله ان يرجع عنه قبل ذلك على ما مر كما فى الوقف على الفقراء بل اولى لان الثابت فى كل منهما لفظ ينبئ عن الخروج عن الملك كما قدمناه فى وقفت وتصدقت وفى هذه الامور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه بخلاف المسجد لا يشترط فى زواله عن ملكه حكم ولا وصية لانه لم يبق له حكم الانتفاع به فخلص لله تعالى بلا حكم وعند ابى يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو اصله وقوله قول الائمة الثلاثة كما مر وعند محمد لا يزول حتى يستقى الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا فى المقبرة لان التسليم عنده شرط وتسليم هذه بما ذكرناه من سكناهم الخان والرباط الى آخره ويكتفى بالواحد فى التسليم الموجب لزوال الملك لتعذر فعل الجنس اى تسليم الكل على تقدير تسليمهم على هذا البير اذا احتفره والحوض يزول الملك اذا استقى منها واحد او شربت دابة ومن ذلك لو ادخل قطعة ارض له فى طريق المسلمين جعلها طريقا لا يشترط فيه مرور واحد باذنه على قول من يشترط القبض فى الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين يلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤها ميراثا ولو سلم الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه اعنى السقاية والخان والرباط والمقبرة والبير والحوض لانه اعنى المتولى نائب عن الموقوف عليهم ففعله اى تسليمه كفعلهم اى تسليمهم اما فى المسجد فقيل لا يكون تسليما وقيل يكون وقد قدمناه مع وجهه ووجه الصحة بانه اى المسجد يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم لانه متول له عرفا واختلف فى المقبرة قيل كالمسجد على القول بانه لا يكفى فى ازالة الملك عنه التسليم الى متول لانه لا متولى له فلا يزول الملك الا بالدفن فيها وقيل كالسقاية فيصح التسليم الى المتولى قوله ولو جعل دارا له بمكة سكنى للحاج والمعتمرين او جعل داره فى غير مكة سكنى للمساكين او جعلها فى ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة فى سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها اى فى السقاية والمقبرة وفى الدار المسئلة عندهما للخروج عن ملكه بذلك لتقدره وهو قول الائمة الثلاثة بلا شرط الدفع الى المتولى كقول ابى يوسف وعند ابى حنيفة له ان يرجع ما لم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه انه اذا رجع بعد الدفن لا يرجع فى المحل الذى دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع فى المقبرة بعد الدفن لا ينبشها لان النبش حرام ولكن يسوى ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والفتوى فى ذلك كله على خلاف قول ابى حنيفة لتعامل المتوارث هذا وتفارق المقبرة غيرها بانه لو كان فى المقبرة اشجار وقت الوقف كان للورثة ان يقطعوها لان موضعها لم يدخل فى الوقف لانه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء فى الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان فى عقار وقفه دخلت فى الوقف تبعا ولو نبتت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالرأى فيها للقاضى ان رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك فتكون فى الحكم كانها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض مواتا ليس لها مالك فاتخذها اهل القرية مقبرة فالاشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو ان رجلا غرس شجرة فى المسجد فهى للمسجد وفى ارض موقوفة على رباط مثلا فهى للوقف ان قال للقيم تعاهدها ولو لم يقل فهى له يرفعها لانه ليس له هذه الولاية فلا يكون غارسا للوقف ولو غرس فى طريق العامة او على شط النهر العام او شط الحوض القديم فهى للغارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعها فنبتت من عروقها اشجار فهى للغارس ولو بنى رجل فى المقبرة بيتا لحفظ اللبن ونحوه ان كان فى الارض سعة جاز وان لم يرض بذلك اهل القرية لكن اذا احتيج الى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه ومن حفر لنفسه قبرا فلغيره ان يقبر فيه وان كان فى الارض سعة الا ان الاولى الا يوحشه ان كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة فى المسجد او نزل فى الرباط فجاء آخر لا ينبغى ان يوحش الاول ان كان فى المكان سعة وذكر الناطفى انه للفقير

ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلما الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما فى المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم

قيمة الحفر ليجمع بين الحقين ولا يجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة فلو كان فيها حشيش يحش ويخرج الى الدواب ولا يرسل الدواب فيها ثم فى جميع ما ذكرنا من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البئر يستوى الغنى والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فانها تحل للفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف والفارق فيه العرف فان الواقفين من اهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء وفى غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير فى الشرب والنزول لان الغنى لا يقدر على استصحاب ما يشربه فى كل مكان ولا على ان يشترى ذلك فى كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب فى الرباطات ان يخص سكناه بالفقراء لان العرف على ان بناء الاربطة للفقراء وههنا فصلان فى المتولى والموقوف عليه فى المتولى

الفصل الاول فى المتولى قالوا لا يولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد وللمتولى ان يشترى بما فضل من غلة الوقف اذا لم يحتج الى العمارة مستغلا ولا يكون وقفا فى الصحيح حتى جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصبا او باذن المتولى بلا اجرة كان عليه اجرة مثله سواء كان ذلك معدا للاستغلال او غير معد له حتى لو باع المتولى دار الوقف فسكنها المشترى ثم رفع الى قاض هذا الامر فابطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشترى اجرة مثله وللمتولى ان يستاجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك باجرة مثله او زيادة يتغابن فيها فان كان اكثر فالاجارة له وعليه الدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير ان ما اخذه من مال الوقف لا يحل له وله ان ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو ادخل جذعا من ماله فى المسجد كان له الرجوع كالوصى اذا انفق على الصغير وله ان يشترى من غلة المسجد دهنا وحصيرا او آجرا وجصا لفرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال افعل ما تراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له ان يشترى ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله امر لا بد منه فيستدين بامر القاضى ويرجع فى غلة الوقف وذكر الناطفى وكذا له ان يستدين فى زراعة الوقف وبذره بامر القاضى لان القاضى يملك الاستدانة على الوقف فصح بامره بخلاف المتولى لا يملكه والاستدانة ان لا يكون فى يده شئ فيستدين ويرجع اما اذا كان فى يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشترى ونقد الثمن من ماله له ان يرجع وليس له ان يرهن دار الوقف فان فعل فسكنها المرتهن ضمن اجرة المثل ولو انفق دراهم الوقف فى حاجة نفسه ثم انفق من ماله مثلها فى الوقف جاز ويبرأ عن الضمان ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج الى مال لدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة المسجد الجامع يجوز للحاكم ان يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله ان يبنى على باب المسجد ظلة لدفع اذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته او ترميمه فلا والاصح ما قال ظهير الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء واذا كان على عمارة المسجد لا يشترى منه الزيت والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفا ولم يجعل له متوليا حتى حضرته الوفاة فاوصى الى رجل قالوا يكون وصيا وفيما هنا فى قول ابى يوسف لان التسليم ليس بشرط فصح الوقف فى حيوته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيما ثم حضرته الوفاة فاوصى لا يكون هذا الوصى قيما فى الوقف قيم مسجد مات فاجتمع اهل المسجد على جعل رجل قيما بغير امر القاضى فقام وانفق من غلات وقف المسجد فى عمارته اختلف المشائخ فى هذه التولية والاصح لا تصح بل لم يقيم الى القاضى لكن لا يضمن ما انفق فى العمارة من غلاته اذا كان اجر الوقف واخذ الغلة فانفق لانه اذا لم تصح ولايته غاصب والغاصب اذا اجر المغصوب كان الاجر له ويتصدق به كذا فى فتاوى قاضى كان وانت تعلم ان المفتى به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقف على

والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان خلاف العادة

ارباب معلومين فان لهم ان ينصبوا متوليا من اهل الصلاح لكن قيل الاولى ان يرفعوا امرهم الى القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان ان لا يفعلوا وينصبوهم وليس للمشرف ان يتصرف في مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف وللمتولي ان يفوض الى غيره عند موته كالوصي له ان يوصي الى غيره عند موته الا انه لو كان الواقف جعل لذلك المتولي ولا يسمى لم يكن في الكتاب نص الا انه بل يرفع الامر الى القاضي اذا تبرع بعمله فيفرض له اجر مثله الا ان يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضي ان يجعل للذي كان اوخله ما كان الواقف جعله على ما هو كان اوخله لان للواقف في هذا ما ليس للحاكم واذا اخذ المتولي من غلة الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث مسائل هذه احدها والثانية اذا اودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من اودع والثالثة القاضي اذا اخذ مال اليتيم واودع غيره ثم مات ولم يبين عند من اودع لا ضمان عليه اما لو كان القاضي اخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد انه يضمن ولو قال قبل موته ضاع مال اليتيم عندي او انفقته عليه ومات لا يكون ضامنا اما لو مات قبل ان يقول ضمن وكذا لو باع المتولي دار الوقف ومات ولم يبين اين الثمن فانه يكون دينا في تركته وللناس ان ياخذوا المتولي بتسوية حائط الوقف اذا مال الى الملاك فان لم يكن له غلة يرفع الى القاضي ليامر بالاستدانة لاصلاحها وله ان يبني قرية في ارض الوقف للاكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وان يبني بيوتا يستغلها اذا كانت الارض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فان كان زراعتها اصلح من الاستغلال لا يبني وفي النوازل في اراضي الوقف افضل ... قال ان كان اجرى للغلة ارجو ان يكون واسعا ولا يؤجر الوقف اجارة طويلة واكثر ما يجوز ثلاث سنين وليس له الاقالة الا ان كانت اصلح للوقف ولو زرع الواقف والمتولي ارض الوقف وقال زرعتها لنفسي وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولي في هذا النقصان الارض وليس عليهما اجر مثل الارض ويقول القاضي له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها به يامره بالاستدانة لذلك فان قال لا يمكنني يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لانفسنا لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو احق به ولا يخرج عنه الا ان يكون غير مامون ذكر هذه المسئلة بفروعها في فتاوى قاضي خان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاف لا ان دام اقل من ذلك ولو عاد اليه عقله وبرأ من علته عاد اليه النظر وللناظر ان يوكل من يقوم بما كان اليه من امر الوقف ويجعل له من جعله شيئا وله ان يعزله و يستبدل به او لا يستبدل ولو جن انعزل وكيله ويرجع الى القاضي في النصب ولو خرج حاكم فيما فات او عزل فتقدم المخرج الى القاضي الثاني بان ذلك القاضي اخرجه بلا جنحة لا يدخله لان امر الاول محمول على السداد لكن يكلفه ان يثبت عنده انه اهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل اعاده وكذا لو اخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة تاب الى الله واقام بينة انه صار اهلا لذلك فانه يعيده وليس على الناظر ان يعمل الا ما يفعله امثاله من الامر والنهي بالمصالح ولا يصرف الاجر من مال الوقف للحملة بايديهم فلذا قلنا لو عمي او طرش او خرس او فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الامر والنهي والاخذ والاعطاء فله الاجر الذي عينه له الواقف وللناظر في الوقف على الفقراء ان يعطي قوما مدة وله ان يقطعهم ويعطي غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يعطي ما ... في وقف الخصاف ان حكم القاضي ان لا يعطي غير هذا الرجل لم يعط غيره وما لم يحكم بذلك له ان يعطي غيره ويحرمه لان في كل منهما تنفيذ شرط الواقف

وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا شروط حتى تفرست في المسئلة لقوله ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

الفصل الثاني في الموقوف عليه وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين وكذا على زيد وعمرو فرد احدهما وظهر انه كان حيلة فنصيبه

ولو جعل داره بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء

للمساكين وكذا اذا ردوا جميعا ومن قبل بعد الرد لا يعود ومن اجل سنة ليس له ان يرد بعد ذلك ولو قال لا اقبل سنة واقبل ما سوى ذلك فانه يجوز وحصته من هذه السنة للباقي من اهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدها ولو قبل سنين سماها ليس له ان يرد الا بعدها وقوله على ولد فلان ابدا ما تناسلوا فرده الموجودون جعل للفقراء فاذا جاء من بعدهم رجع من الفقراء اليهم الا ان يردوه ولو رد واحد منهم فقسطه من الغلة كما لو قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف ما لو اوصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا يوم مات الموصي فرد واحد فحصته لورثة الموصي هذه مما افترق به الوصية والوقف اشتغالا كره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرده فلان لم يبطل رده في رد ما والولد ان كانوا صغارا او كبارا او وقف على ولده ثم للمساكين فلولده لصلبه يستوي فيه الذكر والانثى الا ان يخص صنفا ما دام واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركه من دونه من البطون فان كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه اخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن اليه ولو نص على اسفل الولد ولذا لو قال على ولدي وولد ولدي ثم المساكين اشترك الصلبيون واولاد بنيه واولاد بناته كذا اختاره هلال والخصاف وصححه في فتاوى قاضي خان وانكر الخصاف رواية حرمان اولاد البنات وقال لم اجد من يقوم برواية ذلك عن اصحابنا وانما روي عن ابي حنيفة فيمن اوصى لثلثه لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكور واناث لصلبه يوم موت الموصي كان بينهم فان لم يكن له اولاد لصلبه بل ولد ولد من اولاد الذكور والاناث كان لولد الذكور دون البنات فكانهم قاسوا على ذلك هذه وهي وزان المسألة الاولى وفرق شمس الائمة بينهما وبين هذه بان ولد الولد اسم لمن ولده ولده وبنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد ان في ولد الولد يتناول ولد البنت عند اصحابنا لكن ذكر الصدر في التجنيس ان الفتوى على ظاهر الرواية فقد اختلفوا في الاختيار والحاصل ذكره شمس الائمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه متبادر من قول القائل ولد فلان كذا او كذا او ولد ابنه وكلام الواقفين منصرف اليه الى العرف فانما يحمل عليه بخلاف ما اذا لم الى الولد كما يقال ولدت فلانة فانه يقال اولدت ذكرا او انثى فان الاستفهام علامة الذكر بخصوصه اذا عرف اختلاف دخول اولاد البنات في اولاد اولاده فيجب فيما لو قال على الذكور من اولادي او اولاد لمن دخلوا ابن البنت على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى يدخل ثم اذا انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي صرفت الى اولاده ابدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان في نسله واحد ويستوي الاقرب والابعد الا ان يرتب الواقف ولو قال اولادي بلفظ الجمع دخل النسل كما لو ذكر الطبقات الثلاث بلفظ ولد ولو قال ولد ولد ولدهم لا اولادهم امهات اولادهم قبل الوقف لا يدخلون مع اولاد الاولاد والموجودين لانه لما قال بعد موت امهات على اولادي فانما اراد الموجودين وضمير الاولاد يرجع اليهم خاصة بخلاف اولادي واولاد اولادي لا موجب لقصره على الموجودين فيدخل الاولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال اولادي وسمى فلانا وفلانا ابن عمهم للفقراء فمات احد الثلاثة اعطى نصيبه للفقراء الباقين لا خوته بخلاف ما لو قيل فلان وفلان وفلان بل اولادي ثم الفقراء يصرف الكل الى احد ذا مات من مع اه ولو قال على بني وله ذكران صرف اليهما وان كان واحدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان اقل الجمع اثنان فانما جعل يستحق كله اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولده وليس في ولده محتاج الا واحد ان النصف له والنصف الآخر للفقراء ثم يشكل بما ولادي فانه يصرف للواحد الكل الا ان يكون عرف في اولادي يخالف كل جمع لما ذكره غيره كبني والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ اولادي ونقل الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيما لو اعطى القيم نصيب الفقراء الواحد اجازه ابو يوسف لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود الجنس ومنع محمد للجمعية فاوجب اعطاء اثنين ويدخل البنات في قوله بني لا ختاره هلال وعن ابي حنيفة اختصاص الذكور به قال بعض المشائخ في المسألة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في اصول الفقه على ما هو الاساس آسموته على بني يدخل البنات قال في الخلاصة هذا انما يستقيم في بني آدم يحصون اما فيما لا يحصون فيصح ان يقال هذه الاية من بني يعني فيدخل الائمة بلا تردد ولو لم يكن له الا البنات صرفت الغلة للفقراء وعلى بناتي لا يدخل الذكور ثم المستحق من الولد كل من ادرك خروج الغلة حال القائم في البطن اذا حصل لوجدت له بعد حدوث الغلة باقل من ستة اشهر استحق ومن حدث الى تمامها فصاعدا لا يستحق لانا تيقنا وجوده لادل في البطن عند خروج الغلة فاستحق ولو مات ميراث لمقسم

وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير والفارق هو العرف في الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بين الاغنياء

يعني لو تيقن ولو في الزوجة الموجودة امنه بولد لاقل من ستة اشهر فانه عرف ليستحق لانه متيقن الوجود على التقرر حتى بالا يستحق بخلاف ولد الزوجة فانه يصير ثابت النسب ولو ثابتا لو وقف لمن الولد من حين يحتمل الوقت تمكين نسيب لم يحصل ان ابنه فجارت بولد لستين من يوم وقف استحق من كل غلة تخرج فيما بين ذلك كما لو كانت نخيلا فتنبت بالحمل وكذلك بخلاف ما اذا كان الموت او الطلاق لو ما كان في الرحم او من حمل حدث وخروج الغلة التي هي المراد وقت انعقاد الزرع حبا وقال هم دون يوم الزرع انعقد ذكره في نقايه قاضي خان ومثله في الخانية وفي وقت الخصاف يوم التمرة وينبغي ان يعتبر وقت امانة العاهة كما في الحب لا نه بالانعقاد يأمن العاهة وقد اعتبر الانعقاد واما على طريقة بلاد من جارة ارض لو وقف لمن يزرعها النفسه جبرة يستحق على امانة اقساطا كل اربعة اشهر قسطا فيجب اعتبار ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذه القسط ومن لا فلا وهذا كله بخلاف ما لو قال على اصاغر ولدي والعور منهم او العميان فان الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعميان يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف لو وقف على مساكين البصرة مثلا وبغداد يعتبر سكنى البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك ذا زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقر وسكنى البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج سقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الايامى على ان من تزوجت سقط سهمها فتزوجت واحدة ثم طلقت لا تعود الا ان كان نص على ذلك وكل من مات من المستحقين اذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته تقسم على الباقين فقد تنتقض القسمة في كل سنة فيعطى الغني والفقير من الاولاد الا ان يعين المحتاجين من ولده فيلزم فمن ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يبينها عند القاضي ولو تعارضت بينتا فقره وغناه حرم تقديما البينة غناه لانها اكثر اثباتا ولو ولد لاقل من ستة اشهر من خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في البطن ولذا لم يجعل نفقة الحامل في مال من في البطن واستحق عند الخصاف لانه كان مخلوقا قبل مجيء الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين ومن افتقر بعد الغنى رجع اليه الكل في وقف الخصاف ره لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى كل من فقير يوم القسمة ولا ينظر الى من كان فقيرا يوم الغلة ثم استغنى فاعطيه بخلاف ما لم يكن موجودا الا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا لما بعدها وكذا لو خص عميان ولده ونحوه تعينوا والمحتاج الذي يصرف اليه من لا يدفع اليه الزكوة ولا يكون له ارض ولا دار يستغلها وان لم تف غلتها بكفايته حتى يبيعها ويتفق ثمنها او يفضل منه اقل من نصاب بخلاف الدار التي يسكنها والخدمة وليس للموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال كما ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال والحاصل انه اذا ذكر اولاده واقاربه سوى الغني والفقير منهم الا ان يخص الفقراء كما ذكرنا واما غيرهم قال شمس الائمة اذا ذكر مصرفا فيه تنصيص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون او لا يحصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوي فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون اغنيائهم فانبنى على هذه كما لو وقف على الرجال والنساء او المسلمين او الصبيان او على معشر او ربيعة او على تميم او بني هاشم لا يجوز شيء من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا تمييز في الاستعمال ونص الخصاف على ان الوقف على الزمنى والعميان والعور باطل من قبيل انه ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون كذا على قراء القرآن وعلى الفقهاء وقال على اصحاب الحديث او الشعراء كل ذلك باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط الذي ذكره شمس الائمة انه يصح على الزمنى والعميان وقراء القرآن والفقهاء واهل الحديث ويصرف للفقراء منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استعمالا لان العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر فقد صرح في الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسئلة المذكورة في آخر فصل المسجد من الهداية يفيد ذلك وهي ما اذا جعل غلة ارضه وقفا على الغزاة انه يصح ويصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص في وقف هلال على جوازه على الزمنى ويدفع للفقراء منهم وصرح في وقف الخصاف بصحته في الوقف على ارامل بني فلان ولا يكل ارملة كانت يوم الوقف او حدثت سواء كن يحصين او لا وهو للفقراء منهن اذا كانت بالغة فمن افتقر علي منهن

وكان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله اعلم بالصواب

اجزأه والارملة المستحقة كل بالغة كان لها زوج وطلقها او مات ديحيا لنفوا في الايامى فاذا وقف على ايامى بني فلان و بعدهن للمساكين او ايامى قرابتي ان كن يحصين
فالوقف جائز وتدخل الغنية والفقيرة وان كن لا يحصين لم يجز الوقف فيكون للمساكين والايم المستحقة كل انثى جومعت ولو عجوز ولا زوج لها بالغة او لا ولو قال على كل ثيب من بني فلان او من قرابتي وان كن
يحصين جاز وتدخل كل من يحدث منهن وان كن لا يحصين في وقت قسمة من القسم فهو باطل وغلته للمساكين والثيب كل من جومعت ولو عجوز ولا زوج او لا وان لم تبلغ ولا بكار قرابتي او بني فلان ان كن يحصين
فهو لهن ولمن يحدث ابدا وان كن لا يحصين كالوقف عليهن باطل وهو للمساكين والبكر من لم تجامع وان كانت العذرة زائلة وفي كل ما لا يحصين منهن ممن ذكر انه لا يصح
صرف الوقف لو قيل للفقراء منهن جاز ومن اعطى اجزأه كالوقف على الاقارب وقف على اهل بيته ثم للمساكين دخل الغني والفقير ممن يناسبه الى الاب الذي ادرك
الاسلام اسلم ذلك الاب او لا ممن كان موجودا حالة الوقف او حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لاقل من ستة اشهر من مجيء الغلة ولو كانوا
مرتدين لقوم او كفارا ذميين ولا يدخل فيه ذلك الاب ويدخل ابو الواقف واجداده وولده لصلبه فاولاد الذكور منهم وان سفلوا ولا يدخل ابناء البنات من لدن
الا اذا كان اباهم ممن يناسبه الى ذلك الجد الذي ادرك الاسلام ولا يدخل الواقف ولا اولاد عماته ولا اولاد اخواته اذا كان آباؤهم من قوم آخرين وقوله على آلي وجنسي
كاهل بيتي ولا يخص الفقراء الا ان خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيرا وقت الغلة وان كان غنيا وقت الوقف وتقييد
بمن كان غنيا فافتقر على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبه الى اقصى اب في الاسلام من قبل ابيه والى اقصى اب له في الاسلام من قبل امه لكن لا يدخل
ابو الواقف ولا اولاده لصلبه وفي دخول الجد روايتان وظاهر الرواية لا يدخل ويدخل اولاد البنات واولاد العمات والخالات والاجداد الاعلون والجدات
ورحمي وارحامي وكل ذي نسب مني كالقرابة وعلى عيالي يدخل كل من كان في عياله من الزوج والولد ومن كان يعول له من ذي الرحم وغير ذي الرحم واذا عرف هذا فلو قال
على اهل بيتي فاذا انقرضوا فعلى قرابتي فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل ابيه ولو عكس فقال على قرابتي واذا انقرضوا فعلى اهل بيتي لم يصح ومثله لو قال على
اخوتي فاذا انقرضوا فعلى اخوتي لابي والاخوة متفرقون لانه بعد انقراض الكل لا يبقى للاخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز ثم هم عند ابي حنيفة رح
الملاصقون فهو لجميع من في كل دار ملاصقة سواء الاحرار ولو كانوا اهل ذمة والبعيد بالسوية قربت الابواب او بعدت وعن ابي يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحدة
او مسجد واحد فان جمعتهم محلة واحدة وفرقوا في مسجدين ففي محلة واحدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدا او كان مسجد عظيم جامع فكل اهل مسجد جيران
دون الآخرين وقال محمد هم الملاصقون السكان سواء كانوا مالكين للدار او لا وسياتي بقيته هذا في الوصايا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقاء ومن انتقل
من الجوار على الخلاف في الجار لبطل حقه من الوقف

قد تم المجلد الثاني من فتح القدير ويتلوه المجلد الثالث بعون الله العلي الكبير